PROBLEME BEI DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG GEGEN DIE PARTNER EINER EHEÄHNLICHEN GEMEINSCHAFT UND EINZELNE MITGLIEDER EINER WOHNGEMEINSCHAFT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

WOLFRAM ERCHINGER
aus Stuttgart-Sonnenberg

1987

SOFORT-DRUCK
TÜBINGEN

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543904_0005

PROBLEME BEI DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG GEGEN DIE PARTNER EINER EHEÄHNLICHEN GEMEINSCHAFT UND EINZELNE MITGLIEDER EINER WOHNGEMEINSCHAFT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

WOLFRAM ERCHINGER
aus Stuttgart-Sonnenberg

1987

SOFORT-DRUCK
TÜBINGEN

Dekan: Professor Dr. Wolfgang Graf Vitzthum

1. Berichterstatter: Professor Dr. Egbert Peters

2. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Münzberg

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1987

D 21

Meinen Eltern

und

meiner Frau Christine

Gliederung

I Begriffliche Bestimmung 1

A. Eheähnliche Gemeinschaften 1
1) Definition 1
2) Bezeichnung 3
3) Motive 3

B. Wohngemeinschaften 5
1) Definition 5
2) Motive 5

II Geschichte 6

A. Vom römischen Recht bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes 6

B. Verfassungsrecht und eheähnliche Gemeinschaft 9

III Probleme bei der Zwangsvollstreckung 12

A. Die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen Geldforderungen nach den §§ 808, 809 ZPO 12

1. Fallgruppe: Die Vollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft 12
1) Einleitung 12
2) Möglichkeiten zur Überwindung des Mitgewahrsams 17
a) Pfändung des materiellen Herausgabeanspruchs des schuldenden Partners gegen den nichtschuldenden Partner 18
aa) Pfändung einer dem Schuldner gehörenden Sache 18
bb) Pfändung einer im Miteigentum beider Partner stehenden Sache 22

b) Leistungstitel gegen den schuldenden Partner und Duldungstitel gegen den nichtschuldenden Partner 24

aa) Pfändung einer dem Schuldner gehörenden Sache 24

bb) Pfändung einer im Miteigentum beider Partner stehenden Sache 30

c) Unbeachtlichkeit des Mitgewahrsams des nichtschuldenden Partners 31

aa) Unbeachtlichkeit des Mitgewahrsams ohne gesetzliche Regelung nach dem Schutzzweck des § 809 ZPO 33

aaa) Erster Zweck: Entlastung des Gerichtsvollziehers von der Prüfung der Eigentumsverhältnisse an der zu pfändenden Sache 34

bbb) Zweiter Zweck: Entlastung des Gerichtsvollziehers von der Prüfung eines Rechts zum Besitz des Dritten 35

ccc) Dritter Zweck: Kein willkürlicher Eingriff in den Mitgewahrsam des Dritten 38

bb) In Anlehnung an gesetzliche Vorschriften 42

aaa) Möglichkeiten einer Anlehnung an gesetzliche Vorschriften 43

bbb) Verfassungsmäßigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO 46

ccc) §§ 1362 BGB, 739 ZPO analog 50

α) Analoge Anwendung von Sondervorschriften 51

β) Lücke 53

γ) Normzweck 57

δ) Interessenlage 58

ddd) Die eine Analogie ablehnenden Meinungen 61

2. Fallgruppe: Die Vollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO gegen die einzelnen Mitglieder von Wohngemeinschaften 69

1) Gewahrsamsverhältnisse 69

2) Die Unbeachtlichkeit des Mitgewahrsams einzelner Mitglieder nach § 935 BGB analog 70

B. Die Räumungsvollstreckung nach den §§ 885, 886 ZPO 77

1. Fallgruppe: Die Räumungsvollstreckung gegen die Partner eheähnlicher Gemeinschaften 77

1) Beide Partner als Vertragspartner des Vermieters 79

a) Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung 80

b) Ein Partner als Besitzdiener? 81

2) Ein Partner als Vertragspartner des Vermieters bei nachträglicher Aufnahme des anderen Partners 82

a) Die Argumente der h.M. 84

aa) Der aufgenommene Ehegatte als Besitzdiener 84

bb) Der "abgeschwächte" Mitbesitz des Nichtmieters 88

cc) Die Unbeachtlichkeit des Mitbesitzes nach § 885 II ZPO 95

dd) Billigkeitserwägungen 98

b) § 739 ZPO analog auf die Räumungsvollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO anwendbar? 100b

c) Die Notwendigkeit eines Doppeltitels 104

d) Anspruchsgrundlagen des Vermieters 108

aa) Der Vermieter als Eigentümer der vermieteten Wohnung 108

bb) Der Vermieter ist nicht Eigentümer der vermieteten Wohnung 109

aaa) Der nichtmietende Partner als Dritter i.S.d §§ 549 II, 556 III BGB? 110

bbb) Die Erlaubniserteilung nach § 549 II BGB 120

3) Ein Partner als Vertragspartner des Vermieters bei gleichzeitigem Einzug in die Wohnung mit dem anderen Partner 125

a) Ausgangslage 126

b) Anspruchsgrundlagen des Vermieters 126

aa) Der Vermieter als Eigentümer der vermieteten Wohnung 126

bb) Der Vermieter ist nicht Eigentümer der vermieteten Wohnung 127

aaa) Direkte Anwendung des § 556 III BGB? 127
bbb) Analoge Anwendung des § 556 III BGB? 128
α) Lücke 128
β) Normzweck 131
γ) Interessenlage 132
ccc) § 861 BGB 135
ddd) § 1007 I BGB entsprechend 136
α) Wortlaut 137
β) Voraussetzungen des § 1007 I BGB 138
eee) § 812 I 2 1. Altern. BGB 141

2. Fallgruppe: Die Räumungsvollstreckung gegen die einzelnen Mitglieder von Wohngemeinschaften 143
1) Alle Mitglieder sind Hauptmieter 143
2) Ein Mitglied als Hauptmieter 144

C. Das Problem der richterlichen Durchsuchungsanordnung nach Art. 13 GG, § 758 ZPO 146
1) Die richterliche Durchsuchungsanordnung in der Vollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO 146
a) Problemstellung 147
aa) Grundrechtsträger 148
bb) Begriff der Wohnung i.S.d. Art. 13 GG 148
cc) Begriff der Durchsuchung i.S.d. Art. 13 GG 149
b) Die bisher vertretenen Meinungen 151
c) andere Lösungsmöglichkeiten 160
aa) Im Vollstreckungsrecht 160
aaa) § 886 ZPO? 160
bbb) Praktikabilitätserwägungen 165
bb) Grundrechtsinterpretation 165
aaa) Gefahr in Verzug 165
bbb) Schutzzweckinterpretation 166
ccc) Güterabwägung 167

2) Die richterliche Duchsuchungsanordnung bei der Räumungsvollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO 175
a) Durchsuchungsanordnung gegen den Schuldner 175
b) Durchsuchungsanordnung gegen den Dritten 179
3) Eigener Lösungsvorschlag 180

D. Die Ersatzzustellung nach § 181 ZPO 183

1) Eheähnliche Gemeinschaften mit gemeinsamen Kindern 184
a) Wortlaut des § 181 ZPO 184
b) Sinn und Zweck des § 181 ZPO 186
aa) Erste Zweckrichtung 186
bb) Zweite Zweckrichtung 187
2) Eheähnliche Gemeinschaften ohne gemeinsamen Kinder 190
a) Wortlaut des § 181 ZPO 190
b) Sinn und Zweck des § 181 ZPO 191
aa) Erste Zweckrichtung 191
bb) Zweite Zweckrichtung 193
3) Wohngemeinschaften 195
a) Wortlaut des § 181 ZPO 195
b) Sinn und Zweck des § 181 ZPO 196
aa) Erste Zweckrichtung 196
bb) Zweite Zweckrichtung 197

UNIV. LEIDEN BIBL.

Literaturverzeichnis

Adrian, Gerhard, Verfahren bei Zustellungen im Parteibetrieb, in: DGVZ 1965, S. 130ff

Alebrand, Heinrich, Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gem. § 1353 Abs. 1 BGB, in: FamRZ 1954, S. 348ff

Amelung, Kurt, Zur Frage der Vereinbarkeit vollstreckungsrechtlicher Durchsuchungen mit dem Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG, in: ZZP 88, S. 74ff

Appel, Bernd, Die eheähnliche Gemeinschaft insbesondere ihre Bewertung und Abwicklung, Diss. 1981

Arnold, Egon, Die neue Rechtslage im Familienrecht, in: MDR 1953, S. 328ff

-, Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht, Ein Kommentar zu der Rechtssituation seit dem 1. April 1953, Berlin 1954

Bartel, Hans-Jürgen, "Beiderseitige Schlüsselgewalt", Diss.1978

Bartholomeyczik, Horst, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Aufl. 1967, Fra

Bartsch, Herbert, Unterhaltspflichten nach Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft ?, in: JR 1979, S. 364ff

Battes, Robert, Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: ZHR 143, S. 385ff

-, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, Köln 1983

Baumann, Alexis, Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinats in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen, österreichischen und französischen Privatrechts, Diss 1932

Baumann/Brehm, Zwangsvollstreckung, Lehrbuch, 2. Auflage,Bielefeld 1982

Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 42. Aufl München 1984

Baur, Fritz, Anmerkung zum Urteil des LG Tübingen vom 15.7.1964, in: JZ 1965 S. 108

-, Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz, in: FamRZ 1958, S. 252ff

-, Lehrbuch des Sachenrechts, 13. Auflage München 1985

Baür/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Lehrbuch, 11. Auflage, Heidelberg 1983

-, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Zwangsvollstreckungs, Konkurs- und Vergleichsrecht, 5. Auflage Heidelberg 1984

Becker, Hans-Jürgen, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinat) in der Rechtsgeschichte, in: Landwehr, Götz, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft Göttingen 1978

Beer, Hubert, Die "unmoralische Zimmerbestellung" - AG Emden, NJW 1975, S. 1363, in: JuS 1977,S. 374ff

Behr, Johannes, Praxisprobleme und Rechtsprechungstendenzen zu § 758 ZPO, Art 13 Abs. 2 GG, in: DGVZ 1980, S. 49ff

Beitzke, G, Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, in: ZZP 68, S. 241ff

Berg, Hans, Anmerkung zum Urteil des LG Bonn vom 22.3.1976, in: NJW 1976, S. 2166

Berner, Wilhelm, Neuregelung der Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, in: RPfl. 1958, S. 201ff

Bischof, Hans Helmut, Die vollstreckungsrichterliche Durchsuchungsanordnung (§ 758 ZPO) in der gerichtlichen Praxis, in: ZIP 1983, S. 522ff

Blomeyer, Arwed, Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, Berlin, Heidelberg, New York 1975

Blomeyer, Jürgen, Die Erinnerungsbefugnis Dritter in der Mobiliarzwangsvollstreckung, Schriftenreihe zum Prozeßrecht Band 5, Berlin 1966

Boennecke, W., Zur Problematik des § 739 ZPO und des § 1362 BGB, in: NJW 1959. S. 1260ff

Bonner Kommentar, Loseblattsammlung, Band 1 und 2, jeweils 49. Ergänzungslieferung Oktober 1984

Bosch, F.W., Die Situation im Ehe- und Familienrecht,in: RPfl. 1954, S. 57 ff

-, Das neue Familienrecht, insbesondere seine Bedeutung für die Zwangsvollstreckung, in: KKZ 1954, S. 109 ff

-, Anm. z.BVerfG v. 10.6.1963 in: FamRZ 1963, S. 421

-, Urteilsanm. zu KG in FamRZ 1975, S. 423 ff, in FamRZ 1975, S. 425

-, Neues deutsches Familienrecht, 1976-77, in: FamRZ 1976, S. 401 ff

-, Rückblick und Ausblick, in: FamRZ 1980, S. 847

Breetzke, D., Zur Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Zwangsvollstreckung gegen Eheleute, NJW 1953, S. 734 ff

Brehm,Wolfgang, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Zwangsvollstreckungsrecht, JZ 1983, S. 644 ff

Brendel, Rudolf, Nochmals: Die Rechtsprechung seit der BVerfGE 51, S. 97 ff in: DGVZ 1982, S. 179 ff

Brinker, Walter, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem Gleichberechtigungsgesetz , Diss. 1962

Brox, Hans, Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO in: FamRZ 1981, S. 1125 ff

Brox, Hans/Walker Wolf-D., Zwangsvollstreckungsrecht München 1986

Brudermüller, Gerd,Mietrechtliche Aspekte eheähnlicher Gemeinschaften, Frankfurt/M 1982

Brühl, Familie und Mietwohnung. Rechtlicher Verhältnisse der Wohnungsinhaber zum Vermieter, in: FamRZ 1954, S. 210 ff

Bruns, Rudolf/Peters, Egbert, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. München 1976

Büdenbinder, Ulrich, Die Neuordnung der "Schlüsselgewalt" in § 1357 nF BGB, in: FamRZ 1976, S. 662 ff

Canaris, Klaus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. Berlin 1983

Carl, Hans Herbert, Das Recht der "freien Ehe". Eine privatrechtliche Studie zur Reform des Sexualrechts, Diss 1920

Cirullies, Michael, Enthält die richterliche Anweisung an den Gerichtsvollzieher zur Mobiliarpfändung beim Schuldner zugleich eine Durchsuchungsanordnung nach § 758 ZPO? in: JurBüro 1984, S. 661 ff

Coing, Helmut, Juristische Methodenlehre, Berlin 1972

Dagtoglou, Prodromos, Das Grundrecht der Unverletztlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), in: JuS 1975, S. 753 ff

Das Bürgerliche Gesetzbuch (RGRK), Bd. II, 2. Teil; 12. Aufl. 1978; Bd.III, 1. Teil, 12. Aufl. 1979; Bd. IV, 1. Teil, 12. Aufl. 1984 ;jeweils Berlin

Derleder, Peter, Vermögenskonflikte zwischen Lebensgefährten bei Auflösung ihrer Gemeinschaft, in: NJW 1980, S. 545 ff

Deuerler, Johann, Vermögenszuwendungen in eheähnlichen Verhältnissen in Urteilen der Obergerichte seit 1900, Diss. 1979

Dieckmann, Albrecht, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Loccumer Protokolle 3/1980, S. 120 ff

Diederichsen, Uwe, Die allgemeine Ehewirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen,in:NJW 1977, S. 217 ff

-, Die nichteheliche Gemeinschaft im Zivilrecht, in: NJW 1983, S. 1017 ff

Dietrich, Peter, Die Individualvollstreckung. Materielle und methodische Probleme der Zwangsvollstreckung nach den §§ 883 bis 898 ZPO. Berlin 197

Dittmann , Armin, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungseffizienz, in: Die Verwaltung 16, S. 17 ff

Dmoch, Walter, Ehe vor der Heirat, in: Partnerberatung 1979, S. 190 ff

Dölle, Hans, Familienrecht,Bd. I,Karlsruhe 1964

Dreyer, Hans-Jörn, Die Räumungsvollstreckung gegen Eheleute, Diss. 1965

Elsing, Siegfried, Probleme bei Schlüsselgewaltgeschäften minderjähriger Ehegatten, insbesondere in der Zwangsvollstreckung, in: JR 1978, S. 494 f

Elze, Hans, Lücken im Gesetz, Diss. 1913

Emmerlich, Alfred, Stellungnahme zum Referat Rechtsprobleme der nicht-eheli Lebensgemeinschaft, in: Loccumer Protokolle 3/1980, S. 132 ff

Engisch, Karl, Der Begriff der Rechtslücke in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, Berlin 1949

-, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart 1983

Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB I, Tübingen 1959

Erle, Horst, Die Besitzverhältnisse unter Ehegatten seit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, Diss. 1962

Ermann, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Band, 7. Auflage Münster 1981

Esser, Josef, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, in: JZ 1953, S. 521 ff

Ewans-von Krbek, Das "Zusammenleben" und sein Verhältnis zu Verlobung und Ehe, in: JA 1979, S. 236 ff

Ewers, Hans-Jürgen, Ist in einem richterlichen Herausgabetitel bereits eine DAO iSd Art. 13 II GG enthalten? in: DGVZ 1982, S. 52 ff

Fahr, Ulrich, Die Neuregelung der Schlüsselgewalt durch das Gleichberechtigungsgesetz, Diss. 1962

Fahrenhorst, Irene, Familien in einer sich wandelnden Gesellschaft. Zum Thema "nichteheliche Lebensgemeinschaften". In: FamRZ 1980, S. 440 ff

Fasching, Hans W., Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, II. Band, Wien 1962

Fikentscher, Wolfgang, Mehtoden des Rechts, Bd. 3, Tübingen 1976

Finger, Peter, Wohngemeinschaft, Partnerschaft, Lebensgemeinschaft, in: JZ 1981, S. 497 ff

Finke, Probleme des Familienrechts nach Inkrafttretens des Grundsatzes der Gleichberechtigung am 1.4.1953, in: BB 1953, S. 271 ff

Firsching, Der gesetzliche Güterstand, in: NJW 1955, S. 1172 ff

Frank, Siegfried W., Vollstreckungsdurchsuchung und Grundgesetz, in: JurBüro 1983, S. 801 ff

Ganschezian-Finck, Richterliche Durchsuchungsanordnung bei Zwangsvollstreckungen, in: MDR 1980, S. 805 ff

Gaul, Hans Friedhelm, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956

Gentz, Manfred, Die Unverletztlichkeit der Wohnung, Art. 13 des Grundgesetzes, Berlin 1968

Gerhardt, Walter, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, in: ZZP 95, S. 467 ff

-, Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Stuttgart 1985

-, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1982

Gernhuber, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., München 1980

-, Ehe und Familie als Begriffe des Rechts, in: FamRZ 1981, S. 721 ff

Giesen, Dieter, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, in: ZVglWiss 79, S. 169 ff

-, Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes,in: JZ 1982, S. 817 ff

Gitter, Wolfgang, Die Wohnungsmiete, in: Vahlens Rechtsbücher, Reihe Zivilrecht, Band 3, Vertragsschuldverhältnisse, München 1974

Görgens, P., Anm. zum Urt. des BGH v. 24.3.1980, in: JR 80, S. 457

Gottschick/Giese, Das Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 8. Aufl., Köln 1983

Groß, Dieter, Die Zulässigkeit der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung bei einem in einer Wohngemeinschafte lebenden Schuldner, Diss. 1984

Grundmann, Siegfried, Ehe und Familie im Grundgesetz, in: Theodor Heckel (Hrsg.), Ehe- und Familienrecht, München 1959

Guntau, Burkhard, Verfassungsrechtliche Probleme der Vollstreckung gegen Schuldner in Wohngemeinschaften, in: DGVZ 1982, S. 17 ff

Gusy, Christoph, Grundrechtsschutz gegen Wohnungsdurchsuchungen durch den Gerichtsvollzieher - BVerfGE 51, 97, in: JuS 1980, S. 718 ff

Haegele, Die Rechtsverhältnisse von Eheleuten zueinander und zu dritten Personen aufgrund des Gleichberechtigunsgesetzes, in: Die Justiz 1958, S. 140 ff

Hagen, Horst, Formzwang und Formzweck im Zivilprozeß, in: JZ 1972, S. 505 ff

Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, Erste/Zweite Abteilung, Berlin 1888

Hanisch, Hans, Ehewohnungsprobleme getrennt lebender Ehegatten, in: NJW 1963, S. 1033 ff

Hattenhauer, Hans, Konkubinat 1981 - eine Bestandsaufnahme, in: Böhme, Wolfgang (Hrsg.), Ehen ohne Ring? Herrenalber Texte 36, S. 38 ff, Karlsruhe '8

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, (Neudruck), Aalen 1960

-, Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Berlin 1968

Heinz, Eckhart, Ist der Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts befugt, die Partnerin einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in die Wohnung aufzunehmen?, in: FamRZ 1982, S. 763 ff

Heller, Ludwig Viktor, Die Exekutionsordnung, 10. Aufl. Wien 1961

Heller, Theodor, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 19

Hellwig, Konrad, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Band, Leipzig 1907

-, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912

Hemmerich, Peter, Die Rechtssprechung seit der BVerfGE 51, 97, in: DGVZ 82, S. 83 ff

Hobelmann, Fritz, Ausdehnung der Schlüsselgewalt durch das I. Eherechts-Reformgesetz? in: FamRZ 1971, S. 499 f

Hoche/Wiener, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. Darmstadt 1983

Hoffmann, Hans-Joachim, Die Haftung der Ehefrau im Rahmen von § 557 BGB, in: NJW 1968, S. 2327 ff

Holzhauer, Heinz, Auslegungsprobleme des neuen Eherechtes, in: JZ 1977, S. 729 ff

Hoppe, Alfred, Ein Beitrag zur Lehre über die Klage gegen den Ehemann nach § 739 CPO, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau zu dulden. Diss. 1906

Hoppmann, Hans-Dieter, Eheleute als Mieter, in: BlGBW 1967, S. 94 ff

Hummel, Die Aufnahme des Ehepartners in die Mietwohnung, in: ZMR 1975, S. 29

Hupe, Wilfried, Vereinbarkeit des § 758 ZPO mit Art. 13 GG, in: JurBüro 1979, S. 1437 ff

Jauernig, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. Aufl., München 1983

-, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage München 1981

Jayme, Erik, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, eine rechtsvergleichende Betrachtung, in: FamRZ 1981, S. 221 ff

Jeder, Klaus, Eheähnliche Verhältnisse und die Stellung der "Geliebten" im Spiegel der deutschen Rechtssprechung, Diss. 1971

Kabisch, Herbert, Die Mobiliarvollstreckung gegen einen mit einem Dritten in Wohngemeinschaft lebenden Schuldner, in: DGVZ 1963, S. 17 ff

-, Anm. zum Beschluß des AG Neukölln-Berlin v. 10.6.1964, in: DGVZ 1966, S. 24 ff

Käppler, Renate, Familiäre Bedarfsdeckung im Spannungsfeld von Schlüsselgewalt und Güterstand, AcP 1979, S. 245 ff

Kaser, Max, Das römische Privatrecht,1./2. Abschnitt, jeweils 2. Aufl., München 1971/75

-, Römisches Privatrecht, 12. Aufl., München 1981

Kleemann, Willi, Schwierigkeiten der Vollstreckungspraxis nach dem Beschluß des BVerfG v. 3.4.1979, in: DGVZ 1980, S. 1 ff

Klug, Ulrich, Rechtslücke und Rechtsgeltung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 1965

Knemeyer, Franz-Ludwig, Die Verfassungsmäßigkeit von Wohnungsdurchsuchungen bei Vollstreckung wegen Geldforderungen, in: NJW 1967, S. 135 ff

Knopp,A., Der Gewahrsam der Ehefrau in seiner Bedeutung für die Zwangsvollstreckung, in: NJW 1953, S. 1210 ff

Knopp/Fichtner, Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 5. Aufl.,München 1983

Kohler, Josef, Recht und Gesetz in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. XI,Berlin 1917/1918

Korczak, Dieter, Wohnkollektive - Erscheinungsformen und Stabilität eines Familientypus - Diss. 1978

Kossendey, Wolfgang, Eheähnliche Verhältnisse im Arbeitsrecht, Diss. 1973

Kottmann, Dietmar, Die Durchsuchung von Wohnungen zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen, in: DÖV 1980, S. 899 ff

Kremer, Bruno, Der Besitz der Ehegatten in der ehelichen Wohnung und an den gemeinsam benutzen Hausratsgegenständen, in: FamRZ 1954, S. 186 ff

-, Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten an Hausrat und Ehewohnung, Diss. 1956

Kubisch, Anm. zum Beschluß des OLG Köln v. 2.12.1957, in: NJW 1958, S. 873 f

Kühn/Tourneau , Familienrechtsreform - Chance einer besseren Wirklichkeit? Bielefeld 1968

Kühne, Hans-Heiner, Wohnungsschutz bei der sog. gleichzeitigen Pfändung und der Räumungsvollstreckung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.1979, in: DGVZ 1979, S. 145 ff

Kühne, Jörg-Detlef, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, Göttingen, 1980

Kunigk, Fritz, Die Lebensgemeinschaft. Rechtliche Gestaltung von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben,Stuttgart 1978

-, Rechtliche Probleme der alternativen Lebensgemeinschaft, in: Jura 1980, S. 512 ff

Kurr, Jochen, Vereinbarungen zwischen Partnern eheähnlicher Lebensgemeinschaften und Ehegatten, Diss. 1978

Langheid , Th. , Durchsuchung gem. § 758 ZPO nur auf Grund richterlichen Durchsuchungsbefehls (Zu BVerfG, MDR 1979, S. 906 = NJW 1979, S. 1539), in: MDR 1980, S. 21 ff

Langohr, Thomas, Zur Wohnungsüberlassung an eheähnliche Lebensgemeinschaften, in: ZMR 1983, S. 212 ff

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1975

Lenhard, Peter, Die Aufnahme von Bekannten in die Mietwohnung, in: ZMR 1978, S. 68 f

Lent, Friedrich, Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung, in: ZZP 70, S. 401 ff

Lindacher, Anm. z.Urt. des AG Emden v. 11.2.1975, in: JR 1976, S. 61

Lindemann, Peter, Stellungnahme zum Referat Rechtsprobleme der nicht-eheliche Lebensgemeinschaft, in: Loccumer Protokolle 3/1980, S. 39 ff

Lipp, Martin, Ausgleichsansprüche zwischen den ehemaligen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft - BGH NJW 1981, S. 1502, in: JuS 1982, S. 17 ff

-, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht: eine dogmatisch-methodische Studie, in: AcP 180, S. 537 ff

Lippross, Otto-Gerd, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, Bielefeld 1983

Lisken, Hans, Zum Richtervorbehalt im Grundgesetz, in: Deutsche Richterzeitung 1979, S. 277

Lüke, Gerhard, Grundsätzliche Veränderungen im Familienrecht durch das 1. EheRG, AcP 178 (1978), S. 1 ff

Luther, Gerhard, Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft, in: RabelsZ 45, S. 253 ff

Maiberg, Hermann, Ehegatten-Innengesellschaft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: DB 1975, S. 385 ff

v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I,2. Aufl., Berlin 1957

v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz - Kommentar, München 198

Maßfeller, Franz, Das Neue Familienrecht, Gleichberechtigung von Mann und Frau, Gesetzentwurf, Frankfurt am Main 1952

Maunz, Theodor, Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie (Art. 6 GG) in: FamRZ 1956, S. 1 ff

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 23. Lieferung, Oktober 1984, München

Maus, Wolfgang, Scheidung ohne Trauschein, die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Frankfurt/M. 1984

Mayer-Maly, Theo, Rechtswissenschaft, 2. Aufl. München 1981

Medicus, Dieter, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, in: AcP 165, S. 115 ff

Meier-Scherling, Die eheähnliche Lebensgemeinschaft, in: DRiZ 1979, S. 296

Meier-Hayoz, Arthur, Richterliche Lückenausfüllung im Zivilprozeßrecht, in Schw. JZ 46, S. 340 ff

-, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich, 1951

-, Der Richter als Gesetzgeber, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich, 1973

Mergler/Zink, Bundessozialhilfegesetz-Kommentar, 3. Aufl., Köln 1981

Merkert, Hubert, Ein oder zwei Titel für die Zwangsräumung einer ehelichen Mietwohnung? in: JR 1966, S. 379 ff

Meyer, Paul Martin, Der römische Konkubinat, Neudruck, Aalen 1966

Model/Müller, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. Köln

Möcke, Renate, "Gleichberechtigung und das 1. EheRG", Diss. 1980

Mohrbutter, Jürgen, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrec 2. Aufl., Köln 1974

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Re Bd II, Amtliche Ausgabe 1888

Müller-Freienfels, W., Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebens gemeinschaften, in: Zfev. Ethik 24, S. 55 ff

Müller, Heinzjörg, Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, Berlin 1970

Müller, Friedrich, Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976

Müller, Klaus, Der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache bei der Vermietun von Räumen zu Wohnzwecken, in: ZMR 1970, S. 289 ff

Müller, Willi, Auswirkungen des Getrenntlebens, in: JR 1963, S. 366 ff

Mümmler, A., Anm. zu Wilfried Hupe, Vereinbarkeit des § 758 ZPO mit Art. 13 GG, in: JurBüro 1979, S. 144 f

Mümmler, A., Anm. z. Beschluß des AG Reutlingen v. 19.7.1979, in: JurBüro 1979, S. 1569 f

-, Einschränkung des § 758 ZPO durch das Bundesverfassungsgericht, in: JurBüro 1980, S. 185 ff

v. Münch, Eva-Maria, Zusammenleben ohne Trauschein, München 1982

v. Münch, Ingo, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft,in: Landwehr, Götz (Hrsg.), die Nichteheliche Lebensgemeinschaft, Göttingen 1978

-, (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., München 1981

Münchner Kommentar zum BGB, München 1978, Bd. 3, 1. Halbbd., München 1980 Bd. 4, München 1981, Bd. 5 München 1978

Namgalies, Friedemann, Die eheähnliche Gemeinschaft im deutschen, französischen österreichischen, schweizerischen, englischen, dänischen und tanzanischen Recht, Diss. 1978

Neuhaus, Paul Heinrich, Finis familiae?, in:FamRZ 1982, S. 1ff

Noack, Die Herausgabevollstreckung gegen Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz, in: DGVZ 1960, S. 65 ff

Noack, Erwin, Das Bundessozialhilfegesetz. Bemerkenswertes für Theorie und Praxis, in: DVBl. 1962, S. 359 ff

Noack, Wilhelm, Pfändung gegen Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz, in: DGVZ 1960, S. 56 ff

-, Der Räumungsvergleich als Vollstreckungstitel, in: DGVZ 1962, S. 101 ff

-, Zwangsvollstreckung und Verhaftung in Räumen Dritter, in: MDR 1967, S. 894 f

-, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Zwangsvollstreckung, in: JR 1971, S. 223 ff

-, Der Kaufmann in der Zwangsvollstreckung, in: DB 1974, S. 1369 ff

-, Der Gewahrsam als besondere Voraussetzung der Pfändungsvollstreckung, in: KKZ 1975, S. 201 ff

-, Vollstreckung gegen vom Titel nicht betroffene Dritter, in: JurBüro 1976, S. 1147 ff

-, Die Regelung des Vollstreckungsrechts in der Neufassung der Abgabenordnung v. 16.März 1976 (BGBl. I S. 613, §§ 249-346), in: DGVZ 1978, S. 33 ff

-, Durchsuchung von Wohnungen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, KKZ 1979 S. 177 ff

-, Vollstreckung gegen Ehegatten insbesondere bei bestehender Gütergemeinschaft, in: JurBüro 1980, S. 647 ff

-, Richterliche Anordnung der Durchsuchung einer Wohnung nach Art. 13 aufgrund der Entscheidung des BVerfG v. 3.4.1979, in: JurBüro 1979, S. 1481, in: JurBüro 1980, S. 1131 ff

-, Wohngemeinschaften und Unverletztlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG durch eine Zwangsvollstreckung gegen einen der Mitbewohner, in: ZMR 1980, S. 129 f

-, Die Vollstreckungstätigkeit des GV im Verfahren auf Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 807, 889, 900 ff ZPO, in: DGVZ 1981, S. 164 ff

-, Zur Durchführung der Räumungsvollstreckung mit Nebenfolgen in der Praxis, in: ZMR 1981, S. 33 ff

Ohlenburger-Bauer, Karin, Die eheähnliche Gemeinschaft,eine vergleichende Betrachtung ihrer Rechtslage und Rechtswirkungen in Frankreich und Deutschland, Diss.1977

Otto, Dietrich Jürgen, Die "Wohnung" im Zustellungsrecht, in: DGVZ 1963, S. 177 ff

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl., München 1984

Pawlowski, Hans-Martin, Drittgewahrsam und Verstrickung - zum sog. Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers - in: DGVZ 1976, S. 33 ff

-, Zur Vollstreckung in Wohngemeinschaften,in: NJW 1981, S. 670

-, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg 1981

-, Buchbesprechung, in ZZP 88, 463 f

Peters, Egbert, Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO - Wege und Irrwege, in: Festschrift für Fritz Baur, S. 549 ff Tübingen, 1981

-, Buchbesprechung, in: ZZP 91, S. 338 ff

-, Buchbesprechung, in: ZZP 94, S. 227 ff

Peters, Frank, Anm. z. Urt. des AG Emden v. 11.2.1975, in: NJW 1975, S. 1890

Piegler, Josef, Die "wilde Ehe" im österreichischen Zivilrecht, in: FamRZ 1975, S. 243 ff

Pohle, Rudolf, Zur Vollstreckung bei Allein- oder Mitgewahrsam des Ehegatten des Schuldners, in: MDR 1954, S. 705 ff und MDR 1955, S. 1 ff

-, Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, in: ZZP 68, S. 260 ff

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Berlin 1897

Raape, Leo, Gebrauchs- und Besitzüberlassung, JhJb. Bd. 71, S. 97 ff

Raiser, Ludwig, Die Subsidiarität der Vindikation und ihre Nebenfolgen, in: JZ 1961, 529 ff

Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Hrsg. Rudolf Wassermann), Bd. 5 (Familienrecht), Neuwied 1981

Reinicke, Dietrich, Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in:NJW 1952, S. 1153 ff

-, Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung, in: NJW 1953, S. 681 ff

-, Die Fortbildung des Rechts durch den Richter, in: NJW 1954, S. 1219 ff

-, Anm. z. Beschl. des LG Ansbach v. 25.10.1954, in: NJW 1955, S. 228 f

-, Anm. z. Urt. des OLG Celle v. 11.5.1954, in: NJW 1955, S. 672 f

-, Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten (Teil 1), in: Der Betrieb 1965, S. 96

Reinicke/Schwarzhaupt, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz v. 18.6.1957, Stuttgart 1957

Rheinspitz, Franz Josef, Anm. z. Beschl. des LG Mannheim v. 22.1.1962, in: NJW 1962, S. 1402 f

Röhl, Sabine, Der Gwahrsam in der Zwangsvollstreckung, Diss. 1971

Rößler, Gerhardt, Zwangsvollstreckung und Unverletztlichkeit der Wohnung, in: NJW 1979, S. 2137 ff

Rogalski, Regina, Rechtsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: AnwBl. 1983, S. 358 ff

Roquette, Hermann, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, systematischer Kommentar, Tübingen, 1966

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., München 1961

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981

Roth, Herbert, Die Mitberechtigung der Ehegatten in den Fällen des § 1357 BGB, in: FamRZ 1979, S. 361 ff

Roth, Oskar, Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung, ein Betrag zur Erläuterung der §§ 737, 739, 743, 745 II, 748 II der Civilprozeßordnung, Diss. 1905

Roth-Stielow, Klaus, Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens von Mann und Frau, in: JR 1978, S. 233 ff

Scheele, Michael, "Wilde Ehe" oder Trauschein? im Vergleich: Freie Partnerschaft und Ehe, 2. Aufl. München 1982

Scheepers, Werner Cäsar, Ächtung des Konkubinats mit rechtlichen Folgerungen? in: ZRP 1978, S. 13 f

Scheffler, Erna, Ehe und Familie, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrecht, Bd. IV/1, Berlin 1960

Scheld, Rudolf, Wohnungsrecht und Ledigbund, Überlegungen zum Urt. des BGH v. 7.5.1982, VZR 58/ 81, in: RPfl. 1983, S. 2 ff

-, Ledigbund, Ersatzzustellung, Zwangsvollstreckung, in: DGVZ 1983, S. 65 ff

Schellhorn/Jirasik/Seipp, Das Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 11. Aufl., Neuwied 1984

Schickedanz, Erich, Anm. z. Urt. des AG Emden v. 11.2.1975, in: NJW 1975, S. 1890

Schlüter, Wilfried, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Berlin 1981

Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Besondere richterliche Durchsuchungsanordnung auch bei Zwangsvollstreckung erforderlich, in: DB 1979, S. 1492 ff

Schmidt-Futterer, Wolfgang, Genügt ein gegen den Mieter gerichteter Räumungstitel auch zur Zwangsvollstreckung gegen die übrigen Wohnungsbenutzer? in: MDR 1962, S. 700 ff

-, Das Rechtsverhältnis zwischen Kündigung und Räumung, in: BlGWB 1972, S. 64

Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetze, Kommentar, 5. Aufl. München 1984

Schneider, Egon, Die zwangsweise Wohnungsöffnung durch den Gerichtsvollzieher gem. § 758 ZPO, in: DGVZ 1977, S. 72 ff

-, Aus der neuesten Rechtsprechung, JurBüro 1980, S. 327 ff und 1441 ff

-, Die Vollstreckungsrichterliche Durchsuchungsanordnung, in: NJW 1980, S. 2377 ff

Schneider, Franz, Die rechtliche Stellung der Lebensgefährten, in: ÖJZ 1965, S. 174 ff

Scholz, Rainer, Die nichteheliche Gemeinschaft - ein Problem für den Gesetzgeber?, in: ZRP 1981, 225

-, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtspraxis, Bonn 1982

Schrader/Steinert, Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, 6. Aufl. München 1981

Schramm, Theodor, Zur verfassungskonformen Bewirkung von Sozialhilfe an Ehegatten, in: DVBl. 1964, S. 621 ff

Schubert, Winfried, Nochmals: Durchsuchung gem. § 758 ZPO nur auf Grund richterlichen Durchsuchungsbefehls, in: MDR 1980, S. 365 ff

-, Anm. z. Beschl. des LG Saarbrücken v. 3.9.1979, in: NJW 1980, S. 459

Schulz, Andreas, Ehewohnung und Hausrat in der ungestörten Ehe. Besitz - Gebrauchsüberlassung - Recht zum Besitz. Diss. 1982

Schumacher,Adolf, Darf der Gerichtsvollzieher aus einem gegen einen Mieterehemann ergangenen Räumungsurteil auch gegen dessen Ehefrau vollstrecken? in: DGVZ 1963, S. 150 ff

Schwab, Dieter, Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Landwher, Götz (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Göttingen 1978

-, Eheschließungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft - eine rechtsgeschichtliche Skizze -,in: FamRZ 1981, S. 1151 ff

Schwab, Siegfried, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Mietrecht, in: ZMR 1983, S. 184 ff

Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, erste Auflage, Baden-Baden 1982

Seip, Theo, Die Durchsuchung des Schuldners nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 3.4.1979, in: DGVZ 1979, S. 97 ff

-, Anm. z. Beschl. des AG München v. 18.7.1979, in: DGVZ 1979, S. 158

-, Vollstreckungsdurchsuchung und Grundgesetz - keine Aussicht auf Änderung? in: DGVZ 1980, S. 60 ff

-, Anm. zu den Beschlüssen des AG München v. 30.7.1980 und dem LG München v. 11.12.1980, in: DGVZ 1981, S. 120

Siegelmann, Heinrich, Die Räumungsvollstreckung in einer Mietwohnung gegen Ehegatten, in: ZMR 1968, S. 62 f

Simon, Heinrich, Ehe ohne Trauschein? in: Stimme der Familie, Heft 12, 1978, S. 83 ff

Simon, Dietrich, V., Forum: Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: JuS 1980, S. 252 ff

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 11. Aufl., Stuttgart 1980, Bd. 5, 11. Aufl., Stuttgart 1978, Bd. 6, 11. Aufl., Stand 1. Juli 1981, Stuttgart.

Stammler, Rudolf, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,§§ 433-580a, 12. Aufl., Be 1978; Zweites Buch (§§ 812-822), 12. Aufl. Berlin 1979, Drittes Buch (§§ 872; §§ 907-924), 12. Aufl., Berlin 1982; Viertes Buch (§§ 1589-1600o), 12. Aufl., Berlin 1983

Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Erster Band, 20. Aufl., Tübin 1984; §§ 704-763, 4. Lieferung, 20. Aufl., Tübingen 1978; §§ 764-827, 7. Lieferung, 20. Aufl., Tübingen 1981; Dritter Band, 19. Aufl., Tübingen 19

Steinert, Karl-Friedrich, Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter, in: NJW 1986, 683 ff

Stier-Samlo/Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 1, Berlin 1976

Strätz, Wolfgang, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, in: FamRZ 1980, S. 301 ff

Struck, Gerhard, § 1357 BGB (Schlüsselgewalt) verstößt gegen Art. 6 GG, in: MDR 1975, S. 449 ff

Stückradt, Volker, Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse, Diss 1964

Stürner, Rolf, Anm. z. Urt. des BGH v. 7.5.1982, in: FamRZ 1982, S. 775 f

Sturm, Friedrich, Die Vollstreckung durch die Finanzverwaltung, in: WM 1981, Sonderbeilage 2

Thomas, Hans-Friedrich C., Formlose Ehen, eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung, Bielefeld 1973

Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., München 1982

Tondorf, Günter, Kündigung des Vermieters bei Aufnahme einer nichtverheirateten Person in die Mietwohnung, in: WuM 1974, S. 229 ff

Thur, Andreas v., Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, Berlin 1957

Vlassopoulos, Irene, Der eheliche Hausrat in Familie- und Erbrecht, Diss 1983

Vogt, Nedim Peter, Das Konkubinat als Gegenstand der Rechtsvergleichung, in: Schw. JZ 1980, S. 355 f

Vollkommer,Max, Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, in:RPfl. 1982, S. 1 ff

Wach, Adolf, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Erster Band, Leipzig, 1885

Wacke, Andreas, Streitfragen um die neugeregelte "Schlüsselgewalt", in: NJW 1979, S. 2587

Walder-Bohner, Hans Ulrich, in: Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht v. Frank/Girsberger/Vogt/Walder-Bohner/Weber, Zürich 1984

Walter, Gerhard, Eigentumserwerb in der Ehe, Konstanz 1981

Weber, Hans, Die Zwangsvollstreckung in Mobilien nach dem Gleichberechtigungsgesetz, in: RPfl. 1959, S. 179 f

Weber, Hermann, Anm. zu den Beschlüssen des LG Saarbrücken v. 3.9.1979, und des LG Berlin v. 13.8.1979, in: JuS 1980, S. 60 f

Weber, Rolf H., in: Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinat) im schweizerischen Recht von Frank/Girsberger/Vogt/Walder-Bohner/Weber,Zürich 1984

Weimar, Wilhelm, Ist die entsprechende Anwendung des § 739 ZPO auf eheähnliche Gemeinschaften begründet? in: JR 1982, S. 323 f

Weinhagen, Erwin, Die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in bestimmten Vermögensmassen, Diss. 1908

Weinsheimer, Willi, Auslegung von Ausnahmevorschriften und Vorschriften mit "eindeutigem" Wortlaut, in: NJW 1959, S. 560.

Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Erster Band, 2. Aufl. Berlin 1976; Vierter Band, 2. Aufl., Berlin 1981

Wingen, Max, Der soziologische Tatbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in : FamRZ 1981, S. 331 ff

-, Nichteheliche Lebensgemeinschaften, Zürich 1984

De Witt, Siegfried/Huffmann, Johann-Siegfried, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. München 1986

-, "Wilde Ehen",Ein Rechtsratgeber für das Zusammenleben ohne Trauschein, Freiburg 1984

Wochner, Manfred, Anm. z. Beschl. des BVerfG v. 3.4.1979, in: NJW 1969, S. 2509

Wolff, Martin/Raiser, Ludwig, Sachenrecht, 10. Bearbeitung Tübingen 1957

Zimmermann, Theo, Analogie oder Umkehrschluß? in: NJW 1954, S. 624 ff

Zitelmann, Ernst, Lücken im Recht, Leipzig, 1903

Zöller, Zivilprozeßordnung, 14. Aufl., Köln 1984

Zolligkofer, Ernst, Ehe ohne Trauschein. Für alle, die im Zweifel sind, Stuttgart 1977

I. Begriffsbestimmung

A. Eheähnliche Gemeinschaft

Es bedarf zunächst einer näheren Bestimmung des Gegenstandes der Untersuchung. Die Notwendigkeit ergibt sich daraus, daß einerseits die juristische Subsumtion eindeutige Begriffe erfordert, andererseits aber die eheähnliche Gemeinschaft als unbestimmter Rechtsbegriff richtig interpretiert werden muß.[1]

1. Definition

Es empfiehlt sich eine Anknüpfung an § 122 BSHG, den bisher einzigen Fall einer gesetzlichen Erwähnung der eheähnlichen Gemeinschaft. Eine gesetzliche Definition fehlt jedoch. Da die Vorschrift des § 122 BSHG keine Vorgänger hat, ist auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugehen. Danach ist eine eheähnliche Gemeinschaft anzunehmen, "wenn zwischen einem Mann und einer Frau eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht". Dabei soll die Annahme einer Wirtschaftsgemeinschaft nicht etwa voraussetzen, daß nur eine gemeinsame Kasse bestehe, daß der Befriedigung jeglichen Lebensbedarfs dienende Güter nur gemeinsam und auf Grund gemeinsamer Planung angeschafft würden, daß jede Ausgabe nur gemeinsam bestritten werde oder der eine Partner über ein etwa bestehendes Konto des anderen Partners verfügen dürfe; denn auch in der Ehe gebe es viele Angelegenheiten, die jeder Partner für sich erledige. Ebensowenig spreche gegen das Vorliegen einer Wirtschaftsgemeinschaft, daß im Außenverhältnis nur der

---

1 Vgl. Hess. VGH, Fürsorgerechtliche Entscheidungen 17 (1970), 374, wo es um die richtige Interpretation ging.

2 Mergler/Zink, § 122 Rdn. 1.

eine Partner Mieter der Wohnung sei und dementsprechend die Miete entrichte, während der andere Partner seinen Beitrag im Innenverhältnis leiste. Was die Wohngemeinschaft angehe, so komme es auch in einer Ehe vor, daß jedem Partner ein Raum zu seiner ausschließlichen Benutzung vorbehalten sei. Darauf, ob innere Bindungen oder Verpflichtungen zur Unterhaltsgewährung oder zur gemeinsamen Lebensführung bestehen, soll es ebensowenig ankommen wie darauf, ob die Partner durch geschlechtliche Beziehungen miteinander verbunden seien. Entscheidend soll sein, ob - "wie in einer echten Ehe - aus einem Topf gewirtschaftet wird".[3] Gegen dieses Merkmal wird ins Feld geführt, daß es nur für den sozialrechtlichen Bereich passe, bei dem es um Alimentationsprobleme im Verhältnis zur öffentlichen Hand gehe. M.E. trifft es aber auch auf den Bereich der Zwangsvollstreckung zu, in dem es auf Besitz und Gewahrsam ankommt. Denn die pfändbaren Sachen werden in der Regel aus dem "gemeinsamen Topf" erworben, wenn die Partner wie in einer "echten" Ehe zusammen wohnen und wirtschaften.

Das zweite entscheidende Merkmal ist m.E. das "unverbindliche" Zusammenleben der Partner. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß zwischen den Partnern in der Regel rechtliche Regelungen nicht bestehen. Sie leben auch i.H.a. die Daue ihrer Beziehung lose zusammen.

Auch die Rechtsprechung[4] stellt auf dieses Merkmal tendenziell ab mit der Feststellung, rechtsgeschäftlich verbindliche Regelungen seien in einer solchen (eheähn-

---

3 So die Definition des BVerwG NJW 1978, 388; ebenso BVerfGE 9, 20 (30 ff) m.w.N. und BVerwG DÖV 1963, 617. Dieser Begriffsbestimmung schlossen sich die einschlägigen Kommentare an; sie wird, soweit ersichtlich, nicht in Frage gestellt; vgl. etwa Gottschick/Giese § 122 Rdn. 2.1; Schellhorn/Jirasik/Seipp § 122 Rdn. 4; Knopp/Fichtner, § 122 Rdn. 2; Mergler/Zink § 122 Rdn. 6.
Diese Definition legt den Schluß nahe, daß eheähnliche Gemeinschaften auf Dauer angelegt sind. Wie soll andernfalls der Vergleich mit der Ehe verstanden werden? Das Wirtschaften aus einem Topf ist doch gerade das typische Merkmal einer auf Dauer angelegten Beziehung. In den "Vorstufen" dürften getrennte Kassen die Regel sein.

4 So BGH MDR 1986, 473; BGHZ 77, 58 f (eine Rechtsgemeinschaft mangels gesellschaftsrechtlicher Regelung verneinend, wenn die Partner nicht etwas besonderes unter sich geregelt haben).

lichen) Gemeinschaft allgemein ungewöhnlich.[4a] Daraus kann aber nicht gefolgt werden, daß sich eheähnliche Gemeinschaften außerhalb des Rechts bewegen. Sie sind als Typus vom Gesetzgeber in § 122 BSHG anerkannt worden.

Diese Definition erscheint so ausführlich allerdings nur in fürsorgerechtlichen Entscheidungen; doch belegen Entscheidungen der Zivilgerichte[5] zur eheähnlichen Gemeinschaft, daß die zivilgerichtliche Rechtsprechung ebenfalls von der vorstehenden Definition ausgeht. Auch in der Literatur stimmen die mannigfaltigen Definitionsversuche in den wesentlichen Punkten überein.[6] Im folgenden wird daher die eheähnliche Gemeinschaft im Sinne der gegebenen Definition verstanden. Damit scheiden reine Wohngemeinschaften, Kommunen oder sonstige Gemeinschaften aus, die nur auf Befriedigung des Geschlechtstriebs gerichtet sind und bei denen das Wirtschaften aus einem Topf fehlt. Wohngemeinschaften bestreiten wohl ihre Bedürfnisse des täglichen Lebens aus einer gemeinsamen Kasse. Größere Anschaffungen, die pfändbares Vermögen darstellen können, werden aber in der Regel nicht aus dem "gemeinsamen Topf" erworben, weil es an einer der Ehe entsprechenden intensiven persönlichen Beziehung fehlt. Mehrere Personen erreichen nicht denselben Grad einer intensiven Beziehung untereinander wie Eheleute (Familien) oder Partner eheähnlicher Gemeinschaften.

4a Die Partner eheähnlicher Gemeinschaften dürften an Regelungen auch kaum interessiert sein, vgl. Wingen (nichteheliche Lebensgemeinschaften) S. 70.

5 Vgl. nur etwa OLG Hamm NJW 1980, 1530; OLG Saarbrücken JuS 1980, 529; OLG Frankfurt NJW 1985, 810.

6 Ohlenburger-Bauer S. 1 ff; Simon JuS 1980, 252; Stückradt, S. 2; Scholz S. 14 f; Jeder S. 17 ff; Kurr S. 10 ff; Strätz FamRZ 1980, 303; v. Münch, E-M. S. 10 f; Appel S. 12; Namgalies S. 18; Kossendey S. 6; de Witt/Huffmann S. 1; Schramm DVBl. 1964, 623 FN 13; vgl. dazu auch schon Baumann S. 40 ff; Carl S. 25 ff.

2. Bezeichnung

In Anlehnung an die in der Rechtsprechung und im Gesetz herrschende Bezeichnung wird der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft gewählt.[7] Der Streit um die angeblich richtige Bezeichnung[8] verliert bei der hier vorgegebenen Definition seine Bedeutung; denn steht ein zu behandelnder Sachverhalt fest, ist es müßig, sich um den "richtigen" Namen zu streiten.[9]

3. Motive

Die Beweggründe und Motive für das Eingehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft sind mannigfaltig.[10] So spielen wirtschaftliche Überlegungen, die für das Eingehen von "Rentenkonkubinaten" entscheidend sein

---

7 In der Literatur ebenso de Witt/Huffmann S. 1; Kurr S. 8; Bartsch JR 1979, 364; Ohlenburger-Bauer S. 1; Appel S. 8; Namgalies S. 17 f.

8 So erscheinen u.a. folgende Bezeichnungen, die Giesen (JZ 1982, 819) als "babylonische Sprachverwirrung" bezeichnet:
- "ehelose Gemeinschaft", Roth-Stielow JR 1978, 233 ff; Derleder NJW 1980, 545
- "eheähnliches Verhältnis", Jeder S. 17; Kossendey S. 4; Stückradt S.1
- "nichteheliche Lebensgemeinschaft", Landwehr mit sieben Beiträgen, die sämtlich diesen Begriff in ihren Titeln enthalten; Scholz; Müller-Freienfels Zfev Ethik 24 (1980), 55 ff; Fahrenhorst FamRZ 1980, 440 ff; Neuhaus FamRZ 1982, 3; Lipp AcP 180 (1980), 37 ff u.a.; Wingen FamRZ 1981, 331; Schlüter S. 5; Simon JuS 1980, 252; Finger JZ 1981, 498; Dieckmann S. 120 ff
- "Zusammenleben ohne Trauschein", v. Münch, E-M.
- "Ledigbund", Scheld DGVZ 1983, 65
- "Konkubinat", Strätz FamRZ 1980, 303; Baumann; Hattenhauer S. 42
- "Ehe ohne Trauschein", Simon Stimme der Familie 1978, 83
- "freie Ehe", Carl S. 11.

Vgl. auch Gernhuber FamRZ 1981, 723 ff, der sich über zwei Seiten seines Aufsatzes dieser Sache annimmt. Derleder NJW 1980, 545 FN 1; Finger JZ 1981, 497 f; Maus S. 30 ff.

9 Etwas anderes würde gelten, wenn die unterschiedlichen Bezeichnungen für verschiedene Sachverhalte gewählt worden wären.

10 Siehe dazu ausführlich Zolligkofer; Appel S. 20 ff; Wingen FamRZ 1981, 331 (aus soziologischer Sicht), der auch ausführlicher auf die Verbreitung solcher Gemeinschaften eingeht, unter Beachtung der Umfrage des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung Ende 1978 und (nichtehel. LGem.)S.6 Dmoch S. 190 (aus ärztlicher Sicht); Simon Stimme der Familie 1978,83 (aus k[illegible]licher [katholischer] Sicht). Dabei kann es zu Überschneidungen mit Motiven kommen, die zur Eingehung einer Wohngemeinschaft führen. M.E. sind aber die Akzente bei solchen "übergreifenden" Motiven verschoben. Bei eheähnlichen Gemeinschaften steht die in sich beschränkte Mann-Frau Beziehung im Vordergrund wohingegen bei Wohngemeinschaften die Fixierung auf eine einzelne Person fehl

können, eine Rolle.[11] Vor der Einführung des Ehegatten-Splittings[12] war es aus steuerrechtlichen Gründen oft wirtschaftlicher, eheähnlich zusammenzuleben als zu heiraten.[13] Auch unterhaltsrechtlich ergeben sich manchmal Vorteile bei der eheähnlichen Gemeinschaft.[14] Ferner veranlaßt, insbesondere in Staaten, in denen eine Scheidung erschwert wird oder gar unmöglich ist,[15] die rechtliche Unzulässigkeit einer Eheschließung viele, Zuflucht in einer solchen Gemeinschaft zu suchen.[15a] Auch aus gesellschaftlichen Gründen oder im Interesse minderjähriger Kinder[16] wird oft auf eine Scheidung trotz gescheiterter Ehe verzichtet. Ein seltener Fall stellt die reine Kirchenehe[17] dar. Heute dürfte das Motiv[18] vorherrschend sein, ein Zusammenleben in unverbindlicher Form anzustreben.[19] Die Ursachen dafür sind vielfältig und u.a. in veränderten gesellschaftlichen Anschauungen,[20] im Rollenkonflikt junger Frauen[21] oder in einer Bindungsangst[22] zu suchen.

---

11 Finger JZ 1981, 499.
12 S. zu dessen Entwicklung unter dem Blickwinkel der Art. 6 I, 3 GG Scheffler S. 320.
13 Kossendey S. 2.
14 v. Münch, E-M. S. 52 ff.
15 Vgl. dazu das Kolloquium der International Association of Legal Science, Ende August 1980, an der University of California, Berkeley, berichtet bei Vogt Schw. JZ 1980, 355.
15a Zahlenmäßig fällt dieser Grund heute bei uns fast nicht mehr ins Gewicht; jedoch spielt er in anderen Staaten eine größere Rolle.
16 Ohlenburger-Bauer S. 9.
17 Appel S. 27.
18 Anscheinend hat sich das Schwergewicht verschoben; waren es nach dem 2. Weltkrieg vor allem wirtschaftliche Gründe, so scheinen heute ideelle Motive zu überwiegen, vgl. Bartsch JR 1970, 364.
19 Stückradt S. 3.
20 Ohlenburger-Bauer S. 5.
21 Simon Stimme der Familie 1978, 83.
22 Hattenhauer S. 14.

B. Wohngemeinschaften

1. Definition[23]

Wohngemeinschaften gelten als Gruppen von mindestens zwei Personen, die gemeinsam eine Wohnung gemietet haben und in unterschiedlichem Umfang darüberhinaus gemeinsam wirtschaften; sie stellen Zweckgemeinschaften dar und sind in der Regel zeitlich befristet. Wohngemeinschaften unterscheiden sich wesentlich von eheähnlichen Gemeinschaften allein im Ziel einer kollektiven Lebensgestaltung ähnlich einer Großfamilie.[24]

2. Motive[25]

Die zu einer Wohngemeinschaft führenden Beweggründe sind weit unterschiedlicher als bei der eheähnlichen Gemeinschaft.[26] So entstehen sie zum Teil aus alltäglicher Enttäuschung und Vereinsamung, zum Teil aus dem Streben nach neuen und erweiterten Lebens- und Verkehrsformen. Insbesondere die prekäre Wohnungssituation auf dem Wohnungsmarkt zwingt vor allem Studenten oder (ledige) Arbeitnehmer mit niedrigem Einkommen, eine Wohngemeinschaft zu gründen, da große Wohnungen eher zu mieten sind. Schließlich spielen dezidierte politische Zielvorstellungen eine Rolle.[27]

---

23 S. dazu de Witt/Huffmann S. 1.
24 Kunigk S. 16.
25 S. dazu Finger JZ 1981, 499 FN 38.
26 S.o. I A 3) und FN 10 a.E.
27 Zum ganzen aus soziologischer Sicht Korczak S. 147 ff.

II. Geschichte[1]

A. Vom römischen Recht bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes

Im antiken Rom verstand man unter concubinatus[2] die nicht als Ehe anerkannte dauernde Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft zwischen Mann und Frau[3]. Da diese Gemeinschaft nur als ein rein tatsächliches Verhältnis[4] begriffen wurde, erfuhr das Konkubinat zunächst keine rechtliche Behandlung.[5] Erst unter der sozialpolitisch ausgerichteten Eherechtsreform des Kaisers Augustus gewann das Konkubinat eine rechtliche Bedeutung[6], ohne es jedoch mit Ehewirkungen zu versehen.[7] Das Konkubinat war damit zum Zufluchtsort für diejenigen geworden, die auf Grund bestehender Eheverbote keine legitime Verbindung eingehen konnten.[8] Da sich in der Folgezeit die Ehe und das Konkubinat äußerlich näherten, gingen sie in der staatlichen Rechtsordnung mehr und mehr ineinander über. Erst die christlichen Kaiser versuchten, das Konkubinat wieder in die Schranken zu weisen. Da es aber in der Bevölkerung weit verbreitet war, wurde es unter der Voraussetzung einer dauernden monogamen Verbindung beibehalten.[9] Die Kirche erkannte seit jeher nur die Ehe als einzige zulässige Art der Geschlechtsverbindung an.

---

1 S. dazu ausführlicher Becker S. 13 ff; Schwab FamRZ 1981, 1151; Baumann S. 5 ff, der auch die Entwicklung in anderen europäischen Staaten aufzeigt.

2 Vgl. die Nachweise bei Kaser (Das Römische Privatrecht) § 78, FN 1 ; s. zum römischen Konkubinat ausführlich Meyer.

3 Becker S. 14.

4 Scholz ZRP 1981, 225.

5 Thomas S. 22.

6 Kaser (Das Römische Privatrecht) § 78 ; das Konkubinat wurde innerhalb bestimmter Grenzen in Fällen geduldet, in denen die Ehe verboten war.

7 Schlüter S. 11; s. dazu näher Becker, Landwehr, 15.

8 So bestanden teilweise für alle Männer, teilweise für Senatoren, bestimmte Beamte und Offizieren Eheverbote; eine Verbindung mit einer nicht standesgemäßen Frau war nur im Konkubinat möglich.

9 Namgalies S. 9.

Sie bekämpfte jedoch nicht das Konkubinat, sondern versuchte, ihre eherechtlichen Auffassungen durchzusetzen. Das Konzil von Toledo im Jahre 400[10] gestattete ausdrücklich das Konkubinat, um auf jene Personen Rücksicht zu nehmen, denen die Vollehe von der weltlichen Rechtsordnung auf Grund von Standesschranken versagt war.

In der germanischen Zeit gab es drei Möglichkeiten eines rechtlich geordneten Zusammenlebens: die Muntehe[11], die Friedelehe[12] und die Kebsehe[13]. Nur letztere ist dem Konkubinat verwandt,[14] da sie einseitig vom Mann mit einer von ihm abhängigen Unfreien auf Dauer angelegt und auf Grund des Standesunterschiedes nur als eheähnliche Verbindung anzusehen war.

Zur gleichen Zeit ging es der Kirche vor allem darum, den monogamen Charakter der Geschlechtsgemeinschaft durchzusetzen.[15] Daher wurden Verbote für den Fall ausgesprochen, daß neben der Ehefrau eine Konkubine gehalten wurde. Erst ab dem 13. Jahrhundert rang sich die Kirche zu einem generellen Verbot des Konkubinats durch. Gleichzeitig nahm die Kirche verstärkt Einfluß auf das Eheschließungsrecht.[16] Mit Beginn des 14. Jahrhunderts schaltete sich auch die weltliche Seite unter Androhung weltlicher Sanktionen in den Kampf gegen das Konkubinat ein.

Im 16. Jahrhundert wurde das Konkubinat sowohl von katholischer als auch von protestantischer Seite bekämpft.

---

10 Hattenhauer S. 38.

11 v. Münch, E-M. S. 16; sie galt als qualifizierteste Form der Ehe, die unter Freien geschlossen wurde und insbesondere durch die Übertragung der Gewalt über die Braut von der Brautsippe auf den Ehemann gegen die Übertragung von Vermögenswerten gekennzeichnet war.

12 Dieckmann S. 121: "Eine monogame Ehe minderen Rechts, die auf dem Willen der Brautleute und nicht auf einem Sippenvertrag beruhte".

13 Becker S. 20 f.

14 Namgalies S. 10 FN 4; Scholz ZRP 1981, 225; Baumann S. 17.

15 Kaser (Römisches Privatrecht) § 58 VIII.

16 Becker S. 23; so u.a. priesterliche Mitwirkung bei der Eheschließung

Auf katholischer Seite setzte die Schlußabstimmung des Tridentiner Konzils am 11.11.1563[17] Strafbestimmungen[18] fest und unterstellte die Eheschließungen strengen Formerfordernissen.[19] Die Gesetzgebung in den deutschen Territorien ging zur gleichen Zeit unabhängig von den Reichspolizeiordnungen[20] dazu über, eheähnliche Lebensgemeinschaften unter Strafandrohung zu verbieten. Damit kam es zu einer engeren Zusammenarbeit von Staat und Kirche.

Erst im 17. Jahrhundert wurde mit dem Aufblühen der Naturrechtslehre das Konkubinat von den Juristen neu bewertet, tendenziell in Richtung einer Verweltlichung und teilweisen Entformalisierung.[21] Es blieb jedoch weiterhin sowohl von kirchlicher als auch von weltlicher Seite geächtet.

Im 19. Jahrhundert übernahm die Polizei immer mehr die Aufgabe, das Konkubinat entweder auf Grund landesrechtlicher Regelungen als Ordnungswidrigkeit oder ohne spezialgesetzliche Regelung nach allgemeinem Polizeirecht als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung mit polizeilichen Maßnahmen zu verfolgen.[21a] Diese Polizeipraxis wurde sogar nach Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches am 1.1.1872, welches das Konkubinat nicht mehr erwähnte, fortgesetzt.

Die uns heute bekannte obligatorische Zivilehe wurde erst durch das Reichspersonenstandsgesetz von 1875[22] eingeführt.

---

17 Schwab FamRZ 1981, 1153; s. dazu näher Thomas S. 34 ff.

18 Die vielfach nicht angewandt wurden, Becker S. 28.

19 Die Ehe konnte somit nicht mehr allein durch bloßen Konsens der Partner begründet werden;die Eheschließung hatte vielmehr vor einem Priester mit zwei Zeugen zu erfolgen.

20 Vgl. etwa die von 1548 und 1577, Namgalies S. 13.

21 Das Konkubinat galt zu dieser Zeit ganz allgemein als Verbindung eines Mannes mit einer Frau zum Zwecke der Kinderzeugung, die nicht gesetzmäßig verheiratet waren.

21a Becker S. 37

22 v. Münch, E-M. S. 18; sie ist vom Kirchenrecht ganz und gar unabhängig; vgl. auch Schwab FamRZ 1981, 1154, der von einer "Säkularisierung des Eherechts" spricht.

Große Bedeutung kam in der gesamten deutschen Rechtsgeschichte bis hin zum ersten Weltkrieg der morganatischen Ehe[23] zu, d.h. einer Eheform minderen Rechts zwischen einem Standesherrn und einer nicht standesgemäßen Frau.[24]

B. Verfassungsrecht und eheähnliche Gemeinschaft[25]

Es stellt sich die Frage nach der Bedeutung der eheähnlichen Gemeinschaft unter der Geltung des Grundgesetzes. Von der Beantwortung dieser Frage lassen sich Wertungen für die nachstehend zu erörternden Probleme ableiten.

Das Grundgesetz spricht solche Gemeinschaften nicht ausdrücklich an, weder positiv noch negativ.[26] Ausgangspunkt der folgenden Überlegung ist Art. 6 I GG, der Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt. Dabei bedeutet Ehe im Sinne des Art. 6 GG das auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau in einer umfassenden, grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft.[27] Voraussetzung dafür ist die Eheschließung in der vom staatlichen Gesetzgeber vorgeschriebenen Form.[28] Eheähnliche Gemeinschaften erfüllen aber gerade nicht diese Voraussetzung und fallen deshalb nicht unter Art. 6 I GG.[29] Daraus wollen manche[30] auf ihre Illegalität schließen mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und die Beratungen im parlamentarischen Rat, der in einem Entwurf die Ehe als die einzige rechtmäßige Grundlage der Familie vorsah.[31]

---

23 Dieckmann S. 121.

24 S. Scholz S. 17 mit weiteren Einzelheiten; die letzte - berühmt gewordene - morganatische Verbindung ging der in Sarajewo ermordete österreichische Thronfolger Franz Ferdinand mit der Gräfin Chotek ein.

25 S. dazu vor allem v. Münch S. 137 ff.

26 Appel S. 117; Maunz/Dürig/Maunz Art. 6, Rdn. 15a.

27 Bonner Kommentar Art. 6 Rdn. 11; Giesen JZ 1982, 818.

28 Maunz/Dürig/Maunz, Art. 6 Rdn. 15

29 Stellvertretend für alle: Seifert/Hömig Art. 6 Rdn. 5.

30 Maunz MDR 1956, 1 f; Grundmann S. 20 ff.

31 S. dazu näher v. Münch, S. 143 ff .

Doch gerade die Entstehungsgeschichte und der Verlauf der Beratungen des parlamentarischen Rats widerlegen diese Auffassung.[32] Da die Ehe nach der endgültigen Fassung des Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz des Staates steht, bedarf es des Hinweises auf die "rechtmäßige" Form nicht.[33] Da Art. 6 I GG die Institution Ehe schützt, kann daraus nicht auf ein Verbot von eheähnlichen Gemeinschaften geschlossen werden.[34] Vielmehr ist nach der Lehre von den Grundrechtskonkurrenzen[35] Art. 2 I GG zu beachten; danach umfaßt die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit[36] das Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft[37] im Rahmen der dort genannten Grundrechtsschranken.[38] Das Grundgesetz toleriert damit eheähnliche Gemeinschaften.[39]

Aus den vorstehenden Ausführungen wird das Verhältnis des einfachen Gesetzgebers zu eheähnlichen Gemeinschaften deutlich: auf Grund der verfassungsrechtlichen Toleranz

---

32 S. FN 31; Roth-Stielow JR 1978, 233.

33 Dölle § 3 III.

34 Gernhuber S. 36: "Vom besonderen Schutz einer Lebensform bis zur Rechtswidrigkeit aller konkurrierenden Formen ist ein weiter Weg"; Lindemann S. 140; Battes S. 18.

35 Maunz/Dürig/Dürig, Art. 2 I Rdn. 6; danach behält Art. 2 I GG seine Bedeutung, wo Erscheinungsformen der Freiheit nicht unter benannte Spezialfreiheiten subsumiert werden können.

36 So wird die freie Entfaltung der Persönlichkeit vom BVerfG seit dem Elfes-Urteil verstanden (BVerfGE 6, 36 f).

37 Vgl. BVerfG NJW 1981, 1202: Art. 2 I GG gebiete es dem Staat, die Entscheidung der Eltern zu akzeptieren, keine Ehe miteinander eingehen zu wollen; v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 2 I Rnd. 77; Schwab FamRZ 1981, 1156; Maus S. 86 f.

38 Eine Verletzung der Rechte anderer kann nur in Ausnahmefällen angenommen werden (z.B. Verletzung des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe als Verletzung eines "sonstigen Rechts" i.S.d. § 823 I BGB; BGHZ 6, 360 ff); ebenso entfällt eine Einordnung der eheähnlichen Gemeinschaft als sittenwidrig, vgl. dazu Stückradt S. 28; Kossendey S. 31; vgl. auch Seiffert/Hömig Art. 2 Rdn. 7, die das Sittengesetz nicht statisch bestimmen, sondern dem laufenden Wandel gesellschaftlicher Grundanschauungen unterwerfen unter ausdrücklichem Hinweis auf eheähnliche Gemeinschaften; ebenso Neuhaus FamRZ 1982, 4; auch wird die verfassungsmäßige Ordnung nicht tangiert, vgl. Jeder S. 122/124; vgl. im übrigen FN 37. Daraus folgt auch, daß eine Pönalisierung der eheähnlichen Gemeinschaft nicht statthaft ist, s. dazu v. Münch S. 147; Namgalies S. 23.

39 Möck S. 38; v. Münch,Landwehr, 149. Eine Diskriminierung, wie sie von Hattenhauer S. 50 gefordert wird, ist daher mit dem GG unvereinbar.

ist er nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, Regelungen in Bezug auf eheähnliche Gemeinschaften zu schaffen;[40] dabei beschränkt die Pflicht, der Ehe den "besonderen Schutz der staatlichen Ordnung" zu gewährleisten, die gesetzgeberische Gestaltungsmöglichkeiten und hindert ihn an einer völligen Gleichstellung der eheähnlichen Gemeinschaft mit der Ehe.[41]

---

40 Scholz ZRP 1981, 229.
41 v. Münch, Art. 6 Rdn. 3a; Schlüter S. 40.

III. Probleme bei der Zwangsvollstreckung

A. Die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen Geldforderungen nach den §§ 808, 809 ZPO

1. Fallgruppe: Die Vollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft

1) Einleitung

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen Geldforderungen erfolgt nach den §§ 808, 809 ZPO. Befindet sich die zu pfändende körperliche Sache im Gewahrsam des Schuldners, Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten, nimmt sie der Gerichtsvollzieher in Besitz, §§ 808 I, 809 ZPO. Dritte im Sinne des § 809 ZPO sind alle Personen, die nach dem Titel oder der Klausel nicht Gläubiger oder Schuldner sind.[1] § 809 ZPO verhindert folglich die Pfändung einer beweglichen Sache, die im Allein- oder Mitgewahrsam eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten steht.

Da § 808 I ZPO von den Begriffen Gewahrsam und Besitz ausgeht, § 809 ZPO wiederum von Gewahrsam spricht, bedarf es zunächst einer Klärung dieser Begriffe.

Nach heute h.M.[2] deckt sich Gewahrsam mit dem unmittelbaren Besitz im Sinne des BGB (§ 854

---

1 Zöller/Stöber § 809 Rdn. 2.

2 S. im besonderen die sehr ausführlichen Zitate bei Röhl S. 18 ff, die auch die Gegner der h.M. anführt.
St/J/Münzberg § 808 Rdn. 7; Wieczorek § 808 B I; Zöller/Stöber § 808 Rdn. 5; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 808 Anm. 3; Münchner Kommentar/Haase vor § 854 Rdn. 12; Staudinger/Bund Vorbemerkung zu §§ 854-872 Rdn. 27; Soergel/Mühl vor § 854 Rdn. 10; Kremer S. 114; Bruns/Peters § 20 III 1; Firsching NJW 1955, 1173 FN 25; Gerhardt (Grundbegriffe) Rnd. 81; Brox/Walker RN 235.

BGB).[3] Die Anknüpfung an den Besitzbegriff des BGB erscheint auch zweckmäßig; zum einen ist der Besitzbegriff des BGB der geläufigere; zum anderen sollte die ZPO dem Gläubiger ermöglichen, seinen Titel nach den §§ 808, 809 ZPO durchzusetzen. Da die ZPO aber den Gewahrsam im Sinne der §§ 808, 809 ZPO nicht definiert, liegt es nahe, auf die sich im BGB befindlichen Anhaltspunkte (§ 854 BGB) zurückzugreifen. Dem Gläubiger ist damit eher gedient.[4]

Die Partner einer aus einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bestehenden eheähnlichen Gemeinschaft sind in der Regel schlichte Mitbesitzer des Hausrats und anderer gemeinschaftlich genutzter Sachen.[5] Denn das Zusammenleben in einer Wohngemeinschaft bringt die gemeinsame Benutzung der für einen gemeinsamen Hausstand erforderlichen Gegenstände mit sich. Die Sachherrschaft an diesen Gegenständen wird daher von beiden Partnern ausgeübt.

Für Eheleute ist Mitbesitz seit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes im Jahre 1953 anerkannt.[6] Da es aber für die Besitzlage auf die tatsächliche Sachherrschaft ankommt (vgl. § 854 BGB), ist sie beim ehe-

---

3 S. zur Begriffsbestimmung des Besitzes Schulz S. 59 ff.

4 S. zu weiteren Argumenten Röhl, S. 21 ff.

5 Battes Rdn. 21; Zöller/Stöber § 809 Rdn. 4; LG Berlin MDR 1975, 939.

6 Dies beruht darauf, daß seit Einführung der Gleichberechtigung allein die tatsächliche Besitzlage entscheidend ist und es nicht mehr auf die güterrechtliche Regelung ankommt, Soergel/Mühl § 866 Rdn. 6; Staudinger/Bund § 866 Rdn. 8; Münchner Kommentar/Haase § 866 Rdn. 21; Beitzke ZZP 68 (1955), 242 f; Vlassopoulos S. 22 ff; Schulz (sehr ausführlich) 1. und 2. Teil S. 23 ff und S. 56 ff.
BGHZ 73, 256; Müller, Heinzjörg, S. 4; Kremer, S. 155; St/J/M § 808 Rdn. 13; Zöller/Stöber § 808 Rdn. 9; Palandt/Bassenge § 866 Anm. 1b; Gerhardt § 8 I 3; Noack JurBüro 1976, 1151; Firsching NJW 1955, 1173; Pohle MDR 1954, 706; Kremer FamRZ 1954, 186; Baur FamRZ 1958, 253; Noack DGVZ 1960, 56.

ähnlichen Zusammenleben nicht anders.[7] Ausgenommen bleiben freilich die erkennbar persönlichen Gegenstände oder Sachen unter Alleinverschluß eines Partners.[8]

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen Geldforderungen setzt im folgenden die Annahme voraus, daß ein Partner aus irgendeinem Grund einem Gläubiger etwas tituliert schuldet, der andere Partner aber nicht im Titel als Schuldner aufgeführt und somit Dritter im Sinne des § 809 ZPO ist. Daher stößt der Gläubiger auf folgende Schwierigkeiten: die zu pfändenden beweglichen Sachen stehen in der Regel im Mitgewahrsam beider Partner; fehlt die Herausgabebereitschaft des nichtschuldenden Partners (= Dritten), könnte § 809 ZPO die Pfändung verhindern.

Die Annahme, daß beide Partner Schuldner sind, hat mit diesem Problem wenig gemein. Der Gläubiger hat je einen Titel gegen beide Partner zu erwirken. Probleme ergeben sich dabei nur im bürgerlichen Recht. Denn ist der Schuldgrund nicht eindeutig - etwa auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung[8a] - festgelegt, wirft sich die Frage auf, ob bei größeren Anschaffungen, die einen über den typischen Rahmen der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft eine stillschweigend abgeschlossene Innengesellschaft entsprechend einer Ehegatteninnenge-

---

7 Dies resultiert aus der tatsächlichen Gleichheit zwischen Ehegatten und Partnern eheähnlicher Gemeinschaften, vgl. dazu die Definition der eheähnlichen Gemeinschaften.

8 Zöller/Stöber § 809 Rdn. 4.

8a In diesem Fall hat die Pfändung der Miteigentumsanteile nach § 857 ZPO Aussicht auf Erfolg; vgl. dazu S. 23.

sellschaft[9] nach § 705 BGB bilden.[10] Ein stillschweigender Vertragsabschluß zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft kann in diesem Fall auf Grund der Größe und Bedeutung des Geschäfts angenommen werden.[11] Da die eheähnliche Gemeinschaft durch Art. 2 I GG toleriert wird (s.o.), scheidet eine Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags wegen Sittenwidrigkeit aus.[12] Für die Zwangsvollstreckung gegen eine solche BGB-Gesellschaft hilft aber § 736 ZPO, der einen Titel gegen beide Partner erfordert, nicht weiter, da diese Vorschrift auf Innengesellschaften unanwendbar ist.[13] Es bleibt daher nur die Pfändung des Anteils des schuldenden Partners am Gesellschaftsvermögen nach § 859 I 1 ZPO. Ferner stellt sich die Frage, ob die Partner etwa nach § 1357 BGB analog verpflichtet sind.

---

9 BGH NJW 1974, 2278 f; BGH FamRZ 1975, 35 ff; BGH DB 1972, 2201 ff; OLG Celle FamRZ 1971, 28 ff; für gesellschaftähnliches Verhältnis bei Ehegatten: Alebrandt FamRZ 1954, 348; LG Göttingen NdsRPfl 1955, 76 ff.

10 BGH NJW 1986, 51 f; BGH NJW 1983, 2357 f; BGH NJW 1982, 2863 f; BGH NJW 1980, 1520 f mit Anm. Görgens JR 1980, 457; OLG Hamm NJW 1980, 1530; OLG Düsseldorf NJW 1979, 1509 und FamRZ 1978, 109 ff; OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050 f; OLG Frankfurt FamRZ 1982, 265 ff; OLG München FamRZ 1980,239 f;BGH NJW 1981,1502;OLG Oldenburg NJW 1986,1817 f und Mau 133 ff (sehr ausführlich) zur Frage nach den Ausgleichsansprüchen nach Beendi einer eheähnlichen Gemeinschaft; vgl. zu Vermögenszuwendungen in einer eheähnlichen Gemeinschaft im Hinblick auf ihre Sittenwidrigkeit, Deurler (sehr ausführlich); anderer Ansicht nur Battes ZHR 143, 407; Meier-Scherling DRiZ 1979, 296 f; s. zum Problem der eheähnlichen Gemeinschaft als Innengesellschaft aus der Literatur: Kunigk S. 104 ff (auch bezüglich einer faktischen Gesellschaft) und Jura 1980, 519 f; Kurr S. 27 ff; Battes S. 24 ff und ZHR 143, 385 ff (beide sehr ausführlich); Stückradt S. 44 ff (auch bezüglich einer faktischen Gesellschaft); Hohloch JuS 1980, 529 f in Anm.; Maiberg DB 1975, 385 (zur Ehegatteninnengesellschaft); Lipp JuS 1982, 17 ff und AcP 1980, 567 ff (sehr ausführlich); Ohlenburger-Bauer S. 47 ff; Jeder S. 30 f; Roth-Stielow JR 1978, 233 f; Derleder NJW 1980, 547 (auch bezüglich faktischer Gesellschaft);Schwab S. 68 ff; Rogalski AnwB. 1983, 363; Evans-von Krbek JR 1979, 240; Schneider JurBüro 1979, 1143; Appel S. 180 ff.

11 Vgl. zu den Bedenken des Vertragsschlusses im Hinblick auf Geschäftswille etc. Battes ZHR 143, 388 ff.

12 S. dazu BGH NJW 1970, 1541 und FamRZ 1965, 368 ff; Battes ZHR 143, 403 ff.

13 Vgl. St/J/Münzberg § 736 Rdn. 1 FN 3; Palandt/Thomas § 705 Anm. 8; Noack JR 1971, 226 und DB 1974, 1370.

Da die dem Normzweck des § 1357 BGB zugewiesenen Funktionen einem Wandel unterworfen waren[14], könnte sich daher eine analoge Anwendung des § 1357 BGB rechtfertigen; zunächst wurde § 1357 BGB primär der innereheliche Zweck zugewiesen, die Erfüllung der Haushaltsaufgaben aus § 1356 BGB zu ermöglichen. Der Gläubigerschutz erfolgte vorwiegend als Reflex. Heute ist die Rechtsverkehrsschutzaufgabe im Verhältnis zu Dritten die tragende Grundlage[15] der Verdoppelung der Schlüsselgewalt geworden. Damit hat der § 1357 BGB die funktionale Einbindung in die Struktur des innerehelichen Zwecks einer ehelichen Lebensgemeinschaft verloren. Daher geht die gegen eine analoge Anwendung vorgebrachte Argumentation fehl, die § 1357 BGB als Eherechtsvorschrift betrachtet.[16] Im Hinblick auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ergeben sich aber verfassungsrechtliche Bedenken, da Ehegatten benachteiligt werden.[17] Eine analoge Anwendung dürfte dennoch ausgeschlossen sein; nicht etwa deshalb, weil die Ehe die Nachteile durch güterrechtliche Partizipationen ausgleicht[18] - denn ein ähnlicher Ausgleich findet auch zwischen den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften statt, wenn § 1357 BGB dingliche Wirkung zugesprochen wird[19] -, sondern durch Unterhaltspflichten, denen die

---

14 S. dazu Käppler AcP 179 (1979), 246 ff.

15 Arnold S. 32.

16 Ohlenburger-Bauer S. 99; ähnlich De Witt/Huffmann Rdn. 131 f; s. zur historischen Entwicklung des § 1357 BGB Möcke S. 14, 30, 76 f, 99, 147 f, 192 f; zur Änderung gegenüber der alten Rechtslage Diederichsen NJW 1977, 221.

17 S. dazu Gernhuber S. 198; Struck MDR 1975, 449 ff, gegen ihn Münchner Kommentar/Wacke § 1357 Rdn. 8; Palandt/Diederichsen § 1357 Anm. 1 d; § 1357 BGB als frauenfeindlich bezeichnen: Bosch FamRZ 1975, 425 und 1976, 403 FN 21; Hobelmann FamRZ 1971, 499 f; Holzhauer JZ 1977, 730.

18 So Käppler AcP 1979, 286; Schlüter S. 23 f.

19 Dies bedeutet, daß sich im Rahmen des § 1357 BGB die dingliche Rechtsänderung vollzieht, so daß beide Partner Miteigentum zu gleichen Teilen erwerben; vgl. dazu Roth, Herbert FamRZ 1979, 369 ff; Büdenbender FamRZ 1976, 666 ff; OLG München NJW 1972, 542; Bartel S. 75 ff; Lüke AcP 178, 20; Fahr S. 99 ff; Walter; Brinker S. 125 ff.

Partner eheähnlicher Gemeinschaften nicht unterliegen.[20] Nach h.M. ist jedoch § 1357 BGB dann analog anzuwenden, wenn die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft den Anschein einer gültigen Ehe gesetzt haben.[21] Auch über die Regeln der Anscheins- und Duldungsvollmacht gelangt man zu einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze des § 1357 BGB auf eheähnliche Gemeinschaften. Danach ist der Einzelfall entscheidend.[22]

Im folgenden wird nach Möglichkeiten gesucht, den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners zu überwinden, wenn es dem Gläubiger nicht gelingt, einen Titel auch gegen anderen Partner zu erlangen.

2) Möglichkeiten zur Überwindung des Mitgewahrsams

Da spezielle Vorschriften, die den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft überwinden, nicht bestehen - wie §§ 1362 BGB, 739 ZPO für Ehegatten -, liegt es nahe, auf die Rechtslage zurückzugreifen, wie sie bei Ehegatten zwischen dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes am 1.4.1953 und dem des Gleichberechtigungsgesetzes am 18.6.1957, durch das die §§ 1362 BGB, 739 ZPO ihre jetzigen Fassungen erhielten, bestand. Dies erscheint aus folgenden Gründen zweckmäßig. Erstens ist seit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes anstelle des Güterstands der Verwaltung und Nutz-

---

20 Wacke NJW 1979, 2587; Käppler AcP 1979, 286; Schlüter S. 23 f.
21 Bosch FamRZ 1980, 853; Weimar MDR 1977, 466; Stückradt S. 78 ff; Brinker S. 73 ff. Vgl. zu den Auswirkungen des § 1357 BGB nF auf § 1362 BGB: Büdenbender FamRZ 1976, 673; Bartel S. 103 ff; Lüke S. 29 f; Kühn/Tourneau S. 79.
22 Vgl. dazu Wacke NJW 1979, 2587; Rogalski AnwBl 1983, 360 f; De Witt/Huffmann Rdn. 133 ff; Ohlenburger-Bauer S. 99 ff; Soergel/Lange § 1357 Rdn. 4; v. Münch, E-M. S. 72.

nießung des Mannes der Güterstand der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich als gesetzlicher Güterstand getreten, bei dem Ehegatten in Fragen der Zuordnung nicht anders zu behandeln sind als Personen, die nicht verheiratet sind.[23] Zweitens wurden die Besitz- und Gewahrsamsfragen nicht mehr nach güterrechtlichen Regelungen, sondern nach tatsächlicher Sachherrschaft beurteilt.[24] Drittens unterscheiden sich zwar eheähnliche Gemeinschaften von Ehen durch die Eheschließung nach § 11 EheG, nicht aber in tatsächlicher und besitzrechtlicher Hinsicht.[25] Schließlich fehlte bis zum Inkrafttreten des § 739 ZPO n.F. eine spezielle Regelung zur Überwindung des jetzt anerkannten Mitgewahrsams von Mann und Frau[26].

Im folgenden werden die Ansichten untersucht, nach denen der Mitgewahrsam des nichtschuldenden Ehegattens überwunden werden konnte.

a) Pfändung des materiellen Herausgabeanspruchs des schuldenden Partners gegen den nichtschuldenden Partner.

aa) Pfändung einer dem Schuldner gehörenden Sache

Will der GV eine dem Schuldner gehörende Sache, die im Mitgewahrsam beider Partner steht, pfänden, hindert ihn § 809 ZPO daran im Falle einer fehlenden Herausgabebereitschaft des nichtschuldenden Partners (= Dritten). Der Gläubiger ist dann darauf an-

---

23 Vlassopoulos S. 103 mwN.
24 Vgl. FN 6
25 Vgl. die Definition oben und LG Darmstadt DGVZ 1980, 110 ("gleichgelagerte Sachverhalte").
26 Vgl. dazu die AV des Nds MdJ v. 30.3.1953, die dem GV ein Vorgehen gegen Ehegatten empfahl, das schließlich in § 1362 BGB nF ihren Niederschlag fand, Nds RPfl 1953, 59.

gewiesen, den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Dritten zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen (§§ 846, 847 ZPO).[27] Handelt es sich um einen beliebigen Dritten, kommt ein Herausgabeanspruch nach den §§ 985, 556, 604, 695, 823, 812 BGB in Betracht. Der nichtschuldende Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ist jedoch nur dann als beliebiger Dritte anzusehen, wenn er wie jener am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen würde. Dies ist aber auf Grund der besonderen Situation des eheähnlichen Zusammenlebens nicht der Fall; denn die Partner treten im Innenverhältnis zueinander nicht wie beliebige Dritte auf, da ihr Zusammenleben vor allem durch gegenseitiges Einvernehmen bestimmt wird. Daher lassen sich mangels Rechtsbindungswillens[27a] i.d.R. rechtliche Vereinbarungen nicht feststellen.[28] In diesem Fall ist der Gläubiger darauf angewiesen, den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zu pfänden und sich überweisen zu lassen.

Ausdrückliche Willenserklärungen wie bei beliebigen Dritten liegen jedoch dann vor, wenn die Partner einen vielfach vorgeschlagenen[29] Partnervertrag abgeschlossen haben, in dem sie etwa auch die Mitbenutzung einer

---

27 Für Ehegatten Breetzke NJW 1953, 736; OLG Neustadt NJW 1953, 989.

27a Vgl. Wingen (Nichteheliche Lebensgemeinschaften) S. 72: ein Rechtsbindungswille fehle weithin.

28 Pauschal von konludenten Willenserklärungen auszugehen, wenn keine ausdrücklichen Willenserklärungen festzustellen sind, verbietet sich m.E., da diese Konstruktion meist auf eine Unterstellung hinausläuft, um die gewünschten Ergebnisse zu erreichen. Damit läuft man aber Gefahr, die "negative Vertragsfreiheit" der Partner zu mißachten, so zu Recht der Hinweis bei De Witt/Huffmann Rdn. 71; ders. Rdn. 43 ff und Maus S. 110 ff zu dem Problem der dogmatischen Einordnung; Pawlowski DGVZ 1976, 38 f: Mitglieder einer Wohngemeinschaft haben keinen (vertraglichen) Herausgabeanspruch gegen Mitbewohner. Vgl. dazu auch den Text zu FN 4 S. 2.

29 Vgl. etwa v. Münch, E-M. S. 146 ff.

im Eigentum des anderen Partners stehenden Sache regeln. Die hieraus resultierenden vertraglichen Herausgabeansprüche, etwa nach § 604 BGB, stünden dem Gläubiger neben § 985 BGB zur Pfändung und Überweisung zur Verfügung.[30]

Diesen Möglichkeiten steht aber der Einwand entgegen, daß sie die vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung gegen die Partner eheähnlicher Gemeinschaften erschweren; denn der Gläubiger muß zunächst den Herausgabeanspruch pfänden. Verweigert der Dritte weiterhin die Herausgabe, bleibt dem Gläubiger nur die Möglichkeit, einen Herausgabeprozeß zu führen. Diese Herausgabeklage bürdet aber dem Gläubiger die Last auf, angebliche Rechte des Dritten widerlegen zu müssen, die an sich nach § 771 ZPO der Dritte geltend machen müßte.[31] Zudem stellt sich für den Gläubiger das in der Praxis häufig anzutreffende Problem, daß er die dem Schuldner gehörenden Sachen nicht hinreichend genau bestimmen kann, da ihm jedweder Einblick in die Interna der eheähnlichen Gemeinschaft verwehrt bleibt.[31a] Nach einiger Zeit verwirren sich aber die Eigentums- und Besitzlage in einer eheähnlichen Gemeinschaft. Da aus "einem Topf gewirtschaftet" wird, werden Gegenstände des Haushalts erneuert oder neu hinzuerworben, jeder benutzt sie mit, wobei die Rechtslage an den Gegenständen verschleiert

---

30 Für den Gläubiger sind natürlich mehrere Herausgabeansprüche vorteilhafter; denn den auf jeweils einem anderen Rechtsgrund basierenden Ansprüchen stehen unterschiedliche Einwendungen und Einreden entgegen. A.A.:Raiser JZ 1961, 529 ff (§ 985 BGB sei neben dem vertraglichen Rückgabeanspruch (hier § 604 BGB) ausgeschlossen); s. später zu diesem Problembereich S. 109 FN 92.

31 St/J/Münzberg § 809 Rdn. 5.

31a Das Pfändungsprotokoll des Gerichtsvollziehers hilft dem Gläubiger auch nicht weiter, da die zu pfändende Sache bereits im Herausgabetitel bezeichnet werden muß (§ 883 ZPO).

wird.[32] Die Folge davon wäre, daß der Gläubiger weder einen Pfändungsbeschluß noch einen Herausgabetitel erwirken könnte, sondern zuvor noch ein Offenbarungsverfahren gegen den nichtschuldenden Partner anstrengen müßte (§ 807 ZPO).

Ferner bedarf die erfolgreiche Herausgabeklage noch einer Vollstreckung nach den §§ 883 ff die der Dritte (= nichtschuldende Partner) wiederum mit den Rechtsbehelfen aus den §§ 766, 771 ZPO verzögern könnte.

Schließlich müßte im Widerspruchsprozeß des § 771 ZPO gemäß § 1006 BGB aus dem in der Regel bestehenden Mitbesitz beider Partner an den in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Sachen auf entsprechendes Miteigentum geschlossen werden. Da der Gläubiger hier jedoch nicht gegen die Partner als Gesamtschuldner, sondern nur gegen den schuldenden Partner vollstrecken will, würde die Zwangsvollstreckung folglich scheitern; denn der Gläubiger vermag das Alleineigentum seines Schuldners mangels genauer Kenntnis der unter den Partnern bestehenden Rechtsverhältnisse kaum nachzuweisen. Für den Gläubiger stellt § 1006 BGB ein nahezu unüberwindliches Hindernis dar.

Ein wahrlich beschwerlicher und zeitaufwendiger Weg![33]

---

32 Anbei sei angemerkt, daß in der juristischen Literatur nach wie vor die Eigentumslage an den gemeinsam angschafften Gegenständen umstritten ist, s. Text zu FN 9 ff. Bei Ehegatten ging der Gesetzgeber diesem Problem mit der Neufassung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO aus dem Wege.

33 S. zu diesem Einwand bei Ehegatten: Knopp NJW 1953, 1211; Müller, Heinzjörg S. 22; Beitzke ZZP 68 (1955), 247 mit weiteren Bedenken; Kremer S. 115; Bosch RPfl. 1954, 78; er irrt jedoch, wenn er meint, daß materiellrechtlich ein Herausgabeanspruch des einen gegen den anderen Ehegatten überhaupt nicht existiert; man denke nur etwa an § 985 BGB

Die Pfändung und Überweisung des materiellen Herausgabeanspruchs des schuldenden Partners gegen den nichtschuldenden Partner nach den §§ 985 BGB, 846, 847 ZPO stellt zwar eine Möglichkeit für den Gläubiger dar,[34] den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners zu überwinden, sie erscheint aber zu umständlich, zeitraubend und zweifelhaft im Erfolg.

bb) Pfändung einer im Miteigentum beider Partner stehenden Sache

Steht die zu pfändende bewegliche Sache im Miteigentum des schuldenden und nichtschuldenden Partners, stößt der GV wiederum auf das Hindernis des § 809 ZPO. Fehlt die Herausgabebereitschaft des nichtschuldenden Partners, ist der Gläubiger darauf angewiesen, den Herausgabeanspruch des schuldenden Partners gegen den nichtschuldenden Partner zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen (§§ 846, 847 ZPO). Für den Gläubiger stellt sich aber das Problem, daß es in diesem Fall einen Herausgabeanspruch nicht gibt. Miteigentümer haben zwar einen Herausgabeanspruch sowohl gegen Dritte (§ 1011 BGB) als auch gegen andere Miteigentümer gem. § 985 BGB auf Einräumung des Mitbesitzes. Dieser setzt aber voraus, daß dem anspruchsberechtigten Miteigentümer der unmittelbare Besitz vorenthalten wird. Im vorliegenden Falle haben aber die Partner ehe-

---

und die anerkannte Tatsache, daß Ehegatten wie sonstige beliebige Personen Verträge auch im Innenverhältnis abschließen können; gegen Bosch schon Pohle MDR 1955, 1, der den Herausgabeanspruch aus der aus dem Wesen der Ehe erwachsenden Fürsorgepflicht der Ehegatten rechtfertigt.

34 Dieser Weg stellt für diejenigen Autoren, die eine analoge Anwendung des

ähnlicher Gemeinschaften die Sachen in unmittelbarem Mitbesitz und Miteigentum. Ein Herausgabeanspruch des schuldenden Partners gegen den nichtschuldenden Partner, den der Gläubiger pfänden und sich überweisen lassen könnte, ist somit nicht gegeben.

Denkbar erscheint für den Gläubiger die Möglichkeit, bei Miteigentum[34a] den Miteigentumsanteil des schuldenen Partners gemäß § 857 I ZPO zu pfänden. Schwierigkeiten ergeben sich aber bei der Verwertung, für die zwei Wege in Betracht kommen.

Der erste Weg, die Veräußerung des Miteigentums, ist kaum gangbar. Für die Versteigerung oder den freihändigen Verkauf auf gerichtliche Anordnu gemäß § 857 V ZPO ist die Übergabe der Sache erforderlich. Ist der Schuldner, wie im vorliegenden Fall, unmittelbarer Mitbesitzer, müßte dem Erwerber dieser Besitz gemäß §§ 747 S.1, 929 S. 1 BGB übertragen werden. Da die Sache aber selbst nicht gepfändet ist,[34b] scheitert eine derartige Besitzübertragung.

Auch eine Doppelpfändung führt nicht zum Erfolg. Wie soll die Versteigerungsperson dem Erwerber unmittelbaren Besitz übertragen? Ein zusätzlicher Gerichtsbeschluß, die Sache wegzunehmen und den Erwerber in einen bestimmten Besitz einzuweisen,[34c] entbehrt jedlicher gesetzlicher Grundlage und erscheint praktisch kaum durchführbar.

---

§§ 739 ZPO, 1362 BGB auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften ablehnen, d einzige Möglichkeit dar, die im Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners stehenden beweglichen Sachen zu pfänden; vgl. Zöller/Stöber § 809 Anm. 4; St/J/Münzberg § 739 Rdn. 11; Beitzke ZZP 68 (1955), 259.

34a Auch hier stellt sich wiederum das Problem, wie die Partner Miteigentum erwerben (s. dazu S. 14 ff) und wie der Gläubiger Miteigentum nachweisen kann. Woher weiß er, welche Sachen wem gehören (vgl. § 1006 BGB)?

34b A. Blomeyer S. 296; die Vollstreckung in das Miteigentum wurde als Rechtsvollstreckung nach § 857 I ZPO durchgeführt.

34c So A. Blomeyer JZ 1955, 6 f; er gab diese Ansicht jedoch später auf; vgl. FN 34b S. 297

Auch der zweite Weg, die Anteilsverwertung[34d] ist voller Risiken und zweifelhaft im Erfolg. Der Gläubiger könnte zwar die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 751 S. 2 BGB verlangen und notfalls auf Einwilligung in die Aufhebung nach § 753 BGB klagen. Die Besitzlage bereitet aber auch hier Schwierigkeiten. Die Aufhebung erfolgt nach §§ 753 i.V.m. 1233 I, 1234 ff durch Verkauf der Sache oder durch Versteigerung in der Vollstreckung. Hat der schuldende Partner unmittelbaren Mitbesitz, gibt die Rechtspfändung keine Wegnahmemöglichkeit.

Eine Doppelpfändung würde dem Gläubiger wiederum nicht helfen. Der Gerichtsvollzieher würde auf Grund der Sachpfändung die Sache als Eigentum des schuldenden Partners versteigern; er dürfte sie nicht der Versteigerungsperson zur Gemeinschaftsaufhebung herausgeben.

Somit scheidet für den Gläubiger die Möglichkeit aus, den Miteigentumsanteil des schuldenden Partners gemäß § 857 I ZPO zu pfänden.

Eine andere Möglichkeit könnte für den Gläubiger darin bestehen, den Gesellschaftsanteil gem. § 859 I ZPO zu pfänden. Dies setzt voraus, daß die Partner eheähnlicher Gemeinschaften eine Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB bilden. Darüber herrscht Streit (vgl. oben). Der Streit wird dann aktuell, wenn die Partner keine ausdrücklichen Regelungen in Bezug auf ihre im Miteigentum stehenden, angeschafften Sachen getroffen haben. Denn in diesem Fall ist der Erwerbsgrund fraglich (s.o.). Dieser kann daher nicht generell festgelegt werden. Der Gläubiger wäre in der Praxis darauf an-

---

34d. St/J/Münzberg § 857 II 1.

wiesen, den Erwerbsgrund festzustellen. Doch wie soll er dies tun, wenn sich die Partner selbst bei ihren Anschaffungen keine Gedanken darüber machen, nach welchen rechtlichen Regelungen sie ihre Anschaffungen zu Miteigentum erwerben, sondern sich nur darüber einig sind, daß die gemeinsam angeschafften (und in der Regel bezahlten) Sachen beiden "gehören" sollen?

Der Mitgewahrsam an einer im Miteigentum des nichtschuldenden Partners stehenden Sache kann nicht im Wege der Pfändung und Überweisung des materiellen Herausgabeanspruchs des schuldenden Partners gegen den nichtschuldenden Partner überwunden werden.

Daher ist nach weiteren, einfacheren Möglichkeiten zu suchen.

b) Leistungstitel gegen den schuldenden Partner und Duldungstitel gegen den nichtschuldenden Partner

aa) Pfändung einer dem Schuldner gehörenden Sache

Die zweite Möglichkeit des Gläubigers zur Überwindung des Mitgewahrsams des nichtschuldenden Partners besteht darin, neben einem Leistungstitel gegen den schuldenden Partner einen Duldungstitel gegen den nichtschuldenden Partner zu erwirken.[35]

Da es gesetzlich keine Anhaltspunkte für einen Duldungstitel zur Überwindung des Mitgewahrsams des nichtschuldenden Partners in der Mobiliarvollstreckung gibt, stellt sich die Frage, ob sich dazu aus dem Wesen und den Zielen des Duldungstitels Rückschlüsse ableiten lassen.

Betrachtet man die nach dem Gesetz erforderlichen

35 Pawlowski DGVZ 1979, 39, für die Verwertung der Sachen; ein Duldungstitel insbesondere dann, wenn auch der Schuldner keinen Herausgabeanspruch habe, was bei Wohngemeinschaften nicht selten der Fall sein werde!

Duldungstitel etwas näher, besteht das Wesen des Duldungstitels in der Feststellung der im materiellen Recht bestimmten Haftung eines bestimmten Vermögens für eine ganz bestimmte Schuld;[36] So diente der Duldungstitel nach § 739 ZPO a.F. der Feststellung, daß das eingebrachte Gut (§ 1411 BGB a.F.) für die fragliche Frauenschuld haftete und das Verwaltungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut dem Recht des Gläubigers nachging. Oder mit dem Duldungstitel nach § 737 ZPO soll festgestellt werden, daß das genutzte Vermögen für eine bestimmte Schuld des Nießbrauchbestellers haftet und die Gläubigerrechte den Nießbrauchrechten vorgehen. Ebenso soll der Duldungstitel gegen den Testamentsvollstrecker nach § 748 II ZPO klären, ob bei einem Titel gegen den Erben eine Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, für welche der der Testamentsvollstreckung unterworfene Gegenstand haftet, sowie daß das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers dem Gläubigerrecht nachsteht. Schließlich verfolgt der Duldungstitel nach § 743 ZPO den Zweck, das Vorliegen einer Schuld festzustellen, für welche das Gesamtgut haftet, sowie das Nachstehen des Mitverwaltungsrecht des nichtschuldenden Ehegatten hinter dem Recht des Gläubigers.

Der Duldungstitel beseitigt seinem Wesen nach diejenigen Hindernisse, die ohne den Duldungstitel der Vollstreckung entgegenstehen würden:

Zum einen die Drittwiderspruchsklage. Da der auf Grund seiner Haftung Verurteilte zum Voll-

---

36 Lent ZZP 70 (1957), 416; Beitzke ZZP 68 (1955), 249; Baumann § 9 I 3b; Roth S. 3; vgl. Hoppe, zu den Theorien der Duldungsklagen nach der a.F. bezüglich ihrem Wesen.

streckungsschuldner geworden ist,[37] wird ihm § 771 ZPO jetzt versagt.

Zum anderen schaltet es den Mitgewahrsam des "ehemaligen" Dritten und jetzigen Vollstrekkungsschuldners aus. Denn nur ein Dritter kann sich mit der Erinnerung nach § 766 ZPO gegen die Pfändung wehren (§ 809 ZPO!). Daraus läßt sich die Frage beantworten, ob mit dem Duldungstitel auch die Gewahrsamsfrage gelöst ist.

Wie sich aus dem Wesen des Duldungstitels ergibt, muß dieser sowohl das Recht eines Dritten als auch den Mitgewahrsam überwinden; denn es wäre für den Gläubiger wenig hilfreich, daß z.B. der Nießbraucher zwar nicht sein Recht, aber den Gewahrsam an den seinem Nießbrauch unterworfenen Sachen der Vollstreckung entgegenhalten könnte. Entsprechendes beansprucht auch in den anderen Beispielsfällen Geltung. Dem Gläubiger würde so schließlich nicht der Zugriff eröffnet.

Daraus wird deutlich, daß der Gewahrsam einer anderen Person, die nach dem materiellen Recht keine bestimmte Haftung trifft, nicht mit einem Duldungstitel aus dem Weg geräumt werden kann.

Für das hier anstehende Problem der ausschließlichen Überwindung des Mitgewahrsams kann daher ein Duldungstitel nicht weiter-

37 Rosenberg § 179 III 2; Weinhagen S. 41 f.

helfen.

Ungeachtet dessen vertrat man zwischen den Jahren 1953 und 1957 die Ansicht, daß ein Duldungstitel gegen den nichtschuldenden Gatten den ehelichen Mitgewahrsam überwinde.[38] Man erkannte zwar die Notwendigkeit einer materiellrechtlichen Haftung des nichtschuldenden Ehegatten, da ein Duldungstitel ausschließlich zur Überwindung des Mitgewahrsams seinem Wesen nach nicht in Frage kam. Die Vertreter dieser Ansicht taten sich aber schwer, eine solche materiellrechtliche Haftung nach Wegfall des § 1411 BGB a.F. festzustellen. Einige argumentierten, daß sich die Rechtsgrundlage des Duldungstitels aus dem Wesen der Ehe und den dadurch begründeten Pflichten der Ehegatten (§ 1353 BGB) ergebe.[39]

Ob sich aus § 1353 BGB ein für einen Duldungstitel erforderliche Haftung ableiten läßt, mag hier auf sich beruhen, da jedenfalls für eheähnliche Gemeinschaften eine solche Haftung mangels Eheschließung nicht

---

38 Bosch RPfl 1954, 80 und KKZ 1954, 117; Knopp NJW 1953, 1211; Arnold MDR 53, 328; Firsching NJW 1955, 1174.

39 Knopp NJW 1953, 1211; Reinicke NJW 1955, 228 in Urteilsanmerkungen zu LG Ansbach, der jedoch die Sachgemäßheit dieses Weges in Frage stellt.

besteht.

Andere stellten ausschließlich auf ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung ab,[40] da der Mitgewahrsam nach § 809 ZPO ausreiche, "Schwierigkeiten entstehen zu lassen".[41]

Schließlich wollten einige - wohl oder übel praeter legem, weil es gesetzlich keine derartige materiellrechtliche Pflicht gibt - jedem Ehegatten gegenüber dem Gläubiger des anderen Ehegatten eine materiellrechtliche Pflicht auferlegen, die Zwangsvollstreckung in die Sachen des Ehepartners trotz Mitgewahrsams hieran zu dulden.[42] Die Duldungsklage stützten sie auf eine Analogie zu § 739 ZPO a.F.[43]

Die in der ZPO geregelten Duldungsklagen entsprechen aber sämtlich bestimmten materiellrechtlichen Duldungspflichten, vergleiche insbesondere § 739 ZPO a.F. - § 1411 BGB a.F.; § 737 ZPO - § 1086 BGB; § 748 II ZPO - § 2213 III BGB; bei allen diesen in der ZPO geregelten Fällen geht es um Besitz- und Verwaltungsrechte, die durch einen ganz bestimmten, einmaligen und einheitlichen Vorgang begründet sind. Demgegenüber können die Allein- oder Mitbesitzrechte der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft oder Ehegatten durch beliebige Sonderrechts-

---

40 Arnold MDR 1953, 328.
41 S. FN 40.
42 Vor allem Bosch RPfl 1954, 80 und KKZ 1954, 117.
43 S. FN 38.

geschäfte begründet sein. Daraus folgt, daß eine an sich - mangels materiellrechtlicher Pflicht - generelle Duldungsklage nicht möglich ist, da bei jedem einzelnen Vollstreckungsobjekt die Rechtslage anders sein kann.

Den Ausweg in einer spezialisierten Duldungsklage unter Bezeichnung der einzelnen Sachen zu suchen,[44] geht ebenfalls fehl. Denn zum einen steht der Gläubiger vor denselben Schwierigkeiten wie bei der Pfändung des Herausgabeanspruchs und der Herausgabeklage (oben a)) ; er wird in der Regel diese Sachen nicht kennen.[44a] Zum anderen entbehrt eine solche Duldungsklage jeglicher materiellrechtlicher Grundlage (s.o.). Die Sachverhalte der gesetzlichen und der hier erörterten Duldungsklage sind daher nicht vergleichbar.

Ferner war die vorgeschlagene Duldungsklage schon damals bei Ehegatten umstritten.

Denn seit dem Gleichberechtigungsgrundsatz von 1953 trat an die Stelle des in § 739 ZPO a.F. vorausgesetzten gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut der Frau der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich. Ungeachtet dessen sollte die Duldungsklage in Anlehnung an § 739 ZPO a.F. erfolgen. Eheähnliche Gemeinschaften sind aber in Fragen der Zuordnung nur mit dem Güterstand der Gütertrennung vergleich-

---

44 Beitzke ZZP 68 (1955), 250 ("allein vertretbare spezifische Duldungsklage"); Pohle MDR 1955, 2.

44a Vgl. FN 31a

bar, da Ehegatten wie unverheiratete Personen behandelt werden. Daher ist es erst recht nicht statthaft, die Duldungsklage gegen den nichtschuldenden Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft in Anlehnung an § 739 ZPO a.F. zu begründen, da dafür jegliche Vergleichbarkeit fehlt.

Damit scheidet eine Duldungsklage in Anlehnung an die Duldungsklagen der ZPO[45] bzw. an § 739 ZPO a.F. analog[46] aus.

Alle Versuche, mit Hilfe eines Duldungstitels den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners zu überwinden, sind zum Scheitern verurteilt, da sich die ausschließliche Überwindung des Mitgewahrsams nicht mit dem Wesen des Duldungstitels verträgt. Das eigentliche Problem besteht darin, daß eine materiellrechtliche Duldungspflicht[47] nicht auffindbar ist. War eine materiellrechtliche Duldungspflicht bei Ehegatten schon zweifelhaft (s.o.), gibt es sie erst recht nicht bei eheähnlichen Gemeinschaften!

bb) Pfändung einer im Miteigentum beider Partner stehenden Sache

Wie oben aa) ausgeführt, verträgt sich die ausschließliche Überwindung des Mitgewahrsams nicht mit dem Wesen des Duldungstitels.

---

45 Beitzke FN 44, 251; Müller, Heinzjörg S. 22; Finke BB 1953, 272; Haegele die Justiz 1958, 142; Weber, RPfl 1959, 179; Berner RPfl 1958, 201.

46 Pohle selbst in MDR 1955, 3.

47 Vgl. Pohle FN 46, 2 (bezüglich Ehegatten), für den das Hauptproblem im Auffinden einer materiellrechtlichen Duldungspflicht besteht; Dreyer S. 60 (die Verurteilung zur Duldung bedarf einer materiellrechtlichen Grundlage).

Der Gläubiger kann daher keinen Duldungstitel gegen den nichtschuldenden Partner erwirken. Der Gläubiger ist somit gehindert, eine im Miteigentum beider Partner stehenden Sache zu pfänden.

Der Gläubiger ist nach alledem nicht in der Lage, einen Duldungstitel gegen den nichtschuldenden Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft zur Überwindung des Mitgewahrsams zu erwirken.

c) Unbeachtlichkeit des Mitgewahrsams des nichtschuldenden Partners

Der Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners könnte dadurch überwunden werden, daß jener für die Vollstreckung unbeachtet bleibt; daraus würde folgen, daß trotz Mitgewahrsams an der zu pfändenden Sache und fehlender Herausgabebereitschaft eine Vollstreckung nach den §§ 750, 808, 809 ZPO zulässig wäre. Dies führte aber zu einer Durchbrechung des fundamentalen Grundsatzes im Vollstreckungsrecht, nach dem grundsätzlich eine Zwangsvollstreckung gegen den Betroffenen ohne Titel nicht zulässig ist, vgl. § 750 ZPO.

Die ZPO rückt aber im Vollstreckungsrecht selbst von diesem Grundsatz ab. Gerade in dem Problembereich, in dem es um die ausschließliche Überwindung des Mitgewahrsams geht,[48] ordnet das Gesetz eine

48 Es gibt in der ZPO auch andere Bereiche, in denen eine Vollstreckung ohne Titel zulässig ist; vgl. etwa die Vollstreckung aus einem Titel nach den §§ 888, 890 ZPO gegen einen prozeßunfähigen Schuldner (vgl.

Durchbrechung dieses Grundsatzes an.

So genügt z.B. nach den §§ 740, 741 oder 748 ZPO ein Titel gegen den verwaltenden (§ 740) bzw. nicht verwaltenden, aber ein selbständiges Erwerbsgeschäft führenden Ehegatten (§ 742 ZPO) oder Testamentsvollstrecker (§ 748 II ZPO) zur Pfändung der im Mitgewahrsam des anderen Ehegatten (§§ 740, 742 ZPO) bzw. Erben[49] stehenden Sachen.[49a]

Die Crux des hier zu behandelnden Sachverhalts besteht aber darin, daß spezifische gesetzliche Regelungen, die den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners für unbeachtlich erklären, nicht bestehen.

---

im einzelnen dazu Peters, ZZP 91 (1978), 341) oder die Zwangsvollstreckung in das Kindsvermögen (hier genügt ein Vollstreckungstitel gegen das Kind, auch wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt Gewahrsam hat) oder in der Räumungsvollstreckung gegen Ehegatten bzw. die Partner eheähnlicher Gemeinschaften, wenn man der Ansicht folgt, daß der nichtmietende Gatte bzw. Partner dem Mietenden folgepflichtig ist (s. dazu unten Abschn. B 2a)). Eine Ausnahme von § 809 ZPO soll nach h.M. dann gemacht werden, wenn der Dritte die Sache unzweifelhaft an Gläubiger oder Schuldner herausgeben muß oder der Dritte die Sache im Zusammenwirken mit dem Schuldner beiseiteschafft (§ 288 StGB), vgl. dazu kritisch St/J/Münzberg § 809 Rdn. 4.
Auch das Verfolgungsrecht des GV stellt nach h.M. einen erlaubten Eingriff in den Drittgewahrsam dar, ohne daß dazu der Dritte im Titel oder Klausel genannt sein müßte, vgl. stellvertretend Röhl S. 136 ff m.w.N.; kritisch (vor allem auf Grund rechsstaatlicher Bedenken) Pawlowski ZZP 88 (1975), 965; St/J/Münzberg § 808 Rdn. 37; Blomeyer, Arwed § 41 II 1; Amelung ZZP 88 (1975), 95 f ("in zweierlei Hinsicht verfassungswidrig").

49 So die h.M.; a.A.: St/J/Münzberg RN 3 vor § 735 m.w.N. in FN 3; ein Eingriff in den Gewahrsam des Dritten sei auf Grund des einseitig gegen den Schuldner erlassenen Titels nicht zulässig.

49a So in dem Fall, daß der Ehegatte bzw. Testamentsvollstrecker die beweglichen Sachen bzw. Nachlaßsachen nicht in eigenen Gewahrsam genommen hat, obwohl für ihn diese Möglichkeit besteht (§ 1422 S. 1 BGB bzw. § 2205 S. 2 BGB). Dies ist wohl bei beweglichen Sachen des täglichen Lebens der Fall.

aa) Unbeachtlichkeit des Mitgewahrsams ohne gesetzliche Regelung nach dem Schutzzweck des § 809 ZPO

Der Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners könnte aber auch ohne eine spezielle gesetzliche Vorschrift unbeachtlich sein, wenn der Schutzzweck des den Mitgewahrsam schützenden § 809 ZPO nicht entgegensteht. Das Problem, daß spezielle gesetzliche Regelungen fehlen, die den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Dritten überwinden, ist in der juristischen Literatur nicht neu; denn vor dem Inkrafttreten des § 739 ZPO n.F. stand man vor demselben Problem: die Pfändung einer im Mitgewahrsam des nichtschuldenden Ehegatten stehenden beweglichen Sache scheiterte in der Regel an der fehlenden Herausgabebereitschaft (§ 809 ZPO). Da dies in der Praxis zur Unpfändbarkeit von im Mitgewahrsam von Eheleuten stehenden Sachen führte - die einzige Möglichkeit, den Herausgabeanspruch des schuldenden Ehegatten gegen den Nichtschuldenden zu pfänden und zu überweisen, war, wie oben gezeigt, viel zu umständlich -, suchte man nach Auswegen. Einer davon bestand in der teleologischen Betrachtungsweise[50] von Prozeßrechtsnormen, die den Schutzzweck der Norm in den Vordergrund stellt.[51] Man untersuchte

---

50 Nach heute einhelliger Auffassung gilt in der Prozeßrechtsdogmatik die teleologische Auslegungsmethode. Sie folgt aus dem Charakter des Prozeßrechts als Zweckmäßigkeitsrecht, vgl. dazu eingehend Gaul S. 45 f.

51 Pohle MDR 1955, 4 und ZZP 68 (1955), 267 f; Firsching NJW 1955, 1174; Reinicke NJW 1955, 228 in Anm.; ders. NJW 1953, 684 f; LG Ansbach NJW 1955, 228 f; KG NJW 1957, 1768 f; OLG Celle Nds. RPfl. 1955, 214 f; Beitzke ZZP 68 (1955), 251 ff; Kremer S. 117 f.

daher Sinn und Zweck der §§ 808, 809 ZPO. Traf die Zweckrichtung dieser Vorschriften nicht zu, war es nach dem Schutzzweck der §§ 808, 809 ZPO zulässig, den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners ohne Gesetzesverletzung zu überwinden und von dem Grundsatz "keine Vollstreckung ohne Titel" mit gutem Gewissen abzurücken. Da die besitzrechtliche Lage bei Ehen und eheähnlichen Gemeinschaften dieselbe ist,[52] bietet sich diese Vorgehensweise auch bei eheähnlichen Gemeinschaften an. Es stellt sich daher die Frage nach Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 808, 809 ZPO.

aaa) Erster Zweck: Entlastung des Gerichtsvollziehers von der Prüfung der Eigentumsverhältnisse an der zu pfändenden Sache

Zunächst verfolgen die §§ 808, 809 ZPO den Zweck, den GV von der für ihn schwierigen Prüfung von Eigentumsfragen zu entlasten. Da grundsätzlich nur dem Schuldner gehörige Sachen gepfändet werden dürfen, soll er beim Dritten nicht pfänden, weil er dann gezwungen wäre, bei den im Gewahrsam von Dritten befindlichen Sachen zu prüfen, welche dem Dritten und welche dem Schuldner gehören. Lebt der Schuldner mit seinem Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft, müßte der GV die schwierigen Eigentumsverhältnisse der zu pfändenden Sache klären, da diese in der

---

52 S. oben S. 1 und Gründe S. 2.

Regel im Mitgewahrsam beider Partner steht (s.o.). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Sache in Alleineigentum des schuldenden Partners oder im Miteigentum beider Partner steht, da in beiden Fällen die Eigentumsverhältnisse zu prüfen wären.

Somit trifft schon die erste Zweckrichtung auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften zu.

Bei Ehegatten verhelfen die §§ 1362 I BGB, 739 ZPO dazu, diese Zweckrichtung auszuschalten; denn nach diesen Vorschriften wird der Gerichtsvollzieher von der Prüfung des Mitgewahrsams entbunden und damit gleichzeitig auch von der Prüfung, welche Sachen im Mitgewahrsam dem Dritten und welche dem Schuldner gehören.

bbb) Zweiter Zweck: Entlastung des Gerichtsvollziehers von der Prüfung eines Rechts zum Besitz des Dritten

Ferner braucht der Dritte den Vollstreckungszugriff nicht zu dulden, selbst soweit Gegenstände im Gewahrsam von Dritten unzweifelhaft Eigentum des Schuldners sind. Denn der Gewahrsam des Dritten läßt vermuten, daß dem Dritten ein Recht zum Besitz zusteht. Es bedarf folglich der Prüfung, ob und wieweit dieses Recht besteht und dem Recht des pfändenden Gläubigers vorgeht.

Diese Zweckrichtung wurde bei Ehegatten mit dem Argument umgangen, daß der Mitgewahrsam eherechtlich begründet sei und ein entsprechendes Besitzrecht dem Recht des pfändenden

Gläubigers nachgehe.[53]

Die Mitbenutzung[54] der sich in der ehelichen Wohnung befindlichen beweglichen Sachen ergebe sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB); da die Ehe auf Teilen in der Not ausgerichtet sei, dürfe der eine Ehegatte die Begleichung der Schulden des anderen Ehegatten keine Hindernisse in den Weg legen.[55]

Über die Tauglichkeit dieser Begründung ließe sich streiten; darauf soll im folgenden nicht eingegangen werden, da eine "überzeugendere"[56] Begründung mit dem Hinweis auf die Ausgestaltung des Unterhaltsanspruchs ins Feld geführt wird.[57]

Der Unterhaltsanspruch sei mit seinem Umfang notwendig abhängig von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners. Die Leistungsfähigkeit werde aber genauso notwendig von dem Umfang der vorhandenen Schulden mitbeeinflußt, weil der redliche Schuldner seine und seiner Familie Lebensführung nach seinen Schulden einzurichten und grundsätzlich zuerst für deren Deckung zu sorgen habe. Daraus ergebe sich zwingend ein materiellrechtlicher Vorrang der Gläubiger

---

53 Beitzke ZZP 68 (1955), 244; Müller, Heinzjörg S. 23.

54 Die Ehegatten sind aber nicht daran gehindert, wie andere Rechtsgenossen in bürgerlich rechtliche Beziehungen zu treten, die von der Ehe unabhängig sind (z.B. gegenseitige Vermietung von Sachen). Das auf einer solchen speziellen Vereinbarung beruhende Besitzrecht ist aber dann unstreitig grundsätzlich genauso zu behandeln, wie Mitbesitz jedes anderen Dritten; in diesem Fall träfe die Zweckrichtung zu, so daß nicht über den Mitgewahrsam hinweggegangen werden dürfte.

55 Pohle MDR 1955, 1.

56 Müller, Heinzjörg S. 23.

57 Beitzke ZZP 68 (1955), 245; Pohle ZZP 68 (1955), 267 f.

vor dem Ehegatten des Schuldners. Die der so begründete Mitbesitzposition entsprechenden Besitzrechte sollen damit bereits ihrem Wesensgehalt nach im Rang hinter den Rechten pfändender Gläubiger stehen.

Da den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften weder Pflichten aus ihrer Lebensgemeinschaft (vgl. § 1353 BGB) noch Unterhaltspflichten auferlegt sind, ist diese Begründung auf eheähnliche Gemeinschaften nicht übertragbar. Die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft benutzen die in ihrer gemeinsamen Wohnung befindlichen beweglichen Sachen in der Regel nebeneinander, ohne sich Gedanken über die rechtliche Ausgestaltung der Mitbenutzung zu machen. Daher bestehen keine vertraglichen Vereinbarungen (s.o.a)),[58] aus denen der nichtschuldende Partner ein Recht zum Besitz an der zu pfändenden Sache herleiten könnte.[59]

Da somit der Gewahrsam des Dritten (= nichtschuldenden Partners) nicht vermuten läßt, daß dem Dritten ein Recht zum Besitz zusteht, bedarf es folglich nicht der Prüfung, ob und inwieweit dieses Recht besteht und dem Recht des pfändenden Gläubigers vorgeht. Die zweite

---

58 Dies schließt nicht aus, daß die Partner einer durch Partnervertrag (s. dazu v. Münch, E-M. S. 146 ff; Scheele S. 161 ff) "verrechtlichten" eheähnlichen Gemeinschaft genaue Vereinbarungen über die Mitbenutzung von Sachen treffen. In diesem Fall würde auch die zweite Zweckrichtung der §§ 808, 809 ZPO zutreffen. Insofern steht der nichtschuldende Partner dem nichtschuldenden Ehegatten gleich, s. FN 54.

59 Diese Tatsache resultiert aus der ablehnenden Haltung gegenüber der "sicheren" Ehe und deckt sich zumeist mit den Motiven eheähnlicher Gemeinschaften, auch ohne die Sicherungen des Rechts auskommen zu können. Ebenso wie die Mitbenutzung der Sachen formlos "gestattet" wird, kann sie einseitig widerrufen werden.

Zweckrichtung trifft daher auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften nicht zu.

Für den Fall, daß die zu pfändende Sache im Miteigentum beider Partner steht, bedarf es der zweiten Zweckrichtung nicht. Sie soll die Prüfung des GV verhindern, ob und wieweit ein Recht zum Besitz des Dritten besteht und dem pfändenden Gläubiger vorgeht. Die Sache steht aber in diesem Fall im Miteigentum des Dritten; der Gewahrsam des Dritten läßt nicht nur vermuten, daß dem Dritten auf Grund seines Miteigentums ein Recht zum Besitz zusteht vielmehr wäre der Gerichtsvollzieher gezwungen, bei den im Mitgewahrsam des Dritten befindlichen Sachen zu prüfen, welche dem Dritten und dem Schuldner gemeinsam zu Miteigentum gehören. Diese Prüfung vermeidet aber schon die erste Zweckrichtung (s.o.).

ccc) Dritter Zweck: kein willkürlicher Eingriff in den Mitgewahrsam des Dritten

Schließlich soll § 809 ZPO verhindern, daß niemand vollstreckungsrechtlichem Zwang unterliegt, solange kein gegen ihn persönlich gerichteter Titel vorliegt.[60] Dadurch soll das Individuum vor der Staatsgewalt geschützt werden. Der direkte Eingriff in den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners ist nur dann zuzulassen, wenn die Gefahr der Willkür gebannt erscheint.

Bei Ehegatten wird dies angenommen.[61] Es

---

60 Beitzke ZZP 68 (1955), 253, 254 unter Berufung auf die Motive zur ZPO.
61 Beitzke FN 60, 254.

gehe nicht um eine Vollstreckung gegen einen beliebigen Dritten, sondern gegen den Ehegatten. Ob die Sachen sich im Gewahrsam des Ehegatten befänden und eventuell ob die Eheleute in ehelicher Gemeinschaft lebten, werde der GV im allgemeinen ohne Schwierigkeiten feststellen können. Ferner gingen ja die Rechte des Ehegatten denen des Gläubigers regelmäßig nach. Im übrigen rechtfertige sich die Zulässigkeit des direkten Zugriffs auf Sachen im Gewahrsam des Ehegatten aus eherechtlichen Gesichtspunkten. Obwohl eigentumsmäßig Gütertrennung bestehe, komme es doch kraft des Zusammenlebens der Familie notwendigerweise zu Gemeinschaften im Gewahrsam, die sich als eine beschränkte Gütergemeinschaft darstellten. Daher müsse ähnlich wie zur Zwangsvollstreckung in das beiden Ehegatten gehörende Gesamtgut der Gütergemeinschaft ein Titel gegen einen Ehegatten (§ 740 ZPO) offenbar auch zum Eingriff in den gemeinschaftlichen Gewahrsam genügen.

Die Gefahr der Willkür bei eheähnlichen Gemeinschaften mit eherechtlichen Begründungsversuchen als gebannt anzusehen (s.o.), geht fehl, da die Partner auf eine Eheschließung verzichtet haben. Ob der GV in der Praxis wirklich festzustellen vermag, ob die Sache sich im Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners befindet und ob die Partner in eheähnlicher Gemeinschaft leben, darf genauso wie bei Eheleuten bezweifelt werden. Fehlt dem GV bei eheähnlichen Gemeinschaften schon ein formaler Anknüpfungspunkt wie die Ehe, kann er auch bei Ehegatten im Falle einer Trennung innerhalb

der gemeinsamen Wohnung (§ 1567 I 2 BGB) auf Feststellungsschwierigkeiten stoßen. § 122 BSHG und die richterlichen Interpretationen dieser Vorschrift mildern aber die Schwierigkeiten bei der Feststellung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer eheähnlichen Gemeinschaft gegeben sind, hinreichend ab.[62]

Der entscheidende Gesichtspunkt bei eheähnlichen Gemeinschaften ist aber der, daß Besitzrechte, die denen der Gläubiger vorgehen, in der Regel nicht bestehen (s.o.). Sieht man die Gefahr der Willkür bei Ehegatten schon dann als gebannt an, wenn ihre Besitzrechte denen der Gläubiger nachgehen, ist die Gefahr der Willkür erst recht bei den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften gebannt, wenn zwischen ihnen Besitzrechte, wie i.d.R., nicht bestehen; denn rechtsgeschäftlich verbindliche Regelungen sind in einer eheähnlichen Gemeinschaft allgemein ungewöhnlich.[63] Daher ist meiner Ansicht nach die Annahme gerechtfertigt, daß auch die dritte Zweckrichtung auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht zutrifft.

Steht dagegen die zu pfändende Sache im Miteigentum beider Partner, kann die Gefahr der Willkür nicht als gebannt angesehen werden. Das Besitzrecht des nichtschuldenden Partners als Dritten geht auf Grund seines Miteigentums (§ 903 BGB) dem Recht des pfändenden Gläubigers nicht nach (Vgl. § 771 ZPO). Ließe man

---

62 Brox FamRZ 1981, 1128.

63 Vgl. BGH MDR 1986, 473. In einer "verrechtlichten" eheähnlichen Gemeinschaft (FN 58) trifft dagegen diese Zweckrichtung wiederum zu, da die Besitzrechte auf speziellen Vereinbarungen beruhen. Diese Besitzrechte gegen aber nicht von vornherein den Besitzrechten der Gläubiger nach, wie z.B. die Besitzrechte des nichtschuldenden Ehegatten, die nur aus der ehelichen

den Zugriff auf das Miteigentum zu, würde gegen den Dritten Vollstreckungszwang ohne einen gegen ihn gerichteten Titel ausgeübt. Davor soll aber der Dritte geschützt werden. Daher trifft in diesem Fall auch die dritte Zweckrichtung zu.

Da bei Alleineigentum die erste bzw. bei Miteigentum die erste und dritte Zweckrichrichtung auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft[64] zutreffen (vgl. oben aaa)), steht daher einem direkten Eingriff in den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners der Schutzzweck des § 809 ZPO entgegen.[65]

Somit scheidet die Möglichkeit aus, den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners ohne gesetzliche Anlehnung zu überwinden.[66]

Lebensgemeinschaft bzw. den Unterhaltspflichten hervorgehen, vgl. oben FN 54 mit FN 59.

64 Haben die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft einen Partnervertrag abgeschlossen, würden hingegen alle drei Zweckrichtungen zutreffen. Daher ist für sie erst recht ein Hinwegsetzen über den Mitgewahrsam des schuldenden Partners nicht möglich.
Die Zweckrichtungen der §§ 808, 809 ZPO treffen auf die durch Partnerverträge verrechtlichten Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft in größerem Ausmaß zu als auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ohne rechtliche Regelungen im Innenverhältnis. Dies folgt daraus, daß sich die Partner einer durch Partnerverträge verrechtlichten Gemeinschaft dem Recht unterstellen: wie oben ausgeführt, werden die Partner einer durch rechtliche Vereinbarungen gekennzeichneten eheähnlichen Gemeinschaft eher vom Recht geschützt als die Partner einer nur durch bloße Absprachen ohne rechtliche Bindungswirkung ausgestalteten eheähnlichen Gemeinschaft.

65 Beitzke ZZP 68 (1955), 258, der sich über den Mitgewahrsam des Ehegatten hinwegsetzt, will selbst diese Lösung auf Ehegatten beschränkt wissen. Er führt ausdrücklich eheähnliche Gemeinschaften an und meint, mit der Pfändung von Herausgabeansprüchen auskommen zu können; zu diesem im Erfolg zweifelhaften Vorschlag s.o. a).

66 Benachbarte Rechtsordnungen haben dieses Problem durch Regelungen gelöst, nach denen der Mitgewahrsam eines Dritten der Zwangsvollstreckung nicht hinderlich ist, vgl. Ziff. 66 der österreichischen Instruktion für GV (schon 1910!) bei Schneider ÖJZ 1965, 175; Art. 109 Schuldbeitreibungs- und Konkursgesetz der Schweiz, Art. 513 italienische ZPO; Nachweise bei Beitzke ZZP 68 (1955), 251, FN 32-34 und 255, FN 42, 43.

bb) In Anlehnung an gesetzliche Vorschriften

Man könnte daran denken, eine Lösung für die Partner eheähnlicher Gemeinschaften zu finden in Anlehnung an eine der gesetzlichen Regelungen, welche den Grundsatz "keine Zwangsvollstreckung ohne Titel" durchbrechen (s.o. §§ 740, 741 ZPO).

Bei näherer Betrachtung der gesetzlichen Regelungen in §§ 740, 741, 748 ZPO fällt auf, daß sie Verwalterfälle betreffen. So verwaltet in §§ 740, 741 ZPO nur ein Ehegatte, in § 748 I ZPO der Testamentsvollstrecker unter anderem bewegliche Sachen. Die Verwaltungsbefugnis beruht aber auf besonderen Vereinbarungen (§ 1415 BGB für Ehegatten in Gütergemeinschaft) bzw. Ernennung (§ 2197 BGB für Testamentsvollstrecker). Daher ist eine Anlehnung in Form einer Analogie zu den genannten Vorschriften allenfalls für die Partner eheähnlicher Gemeinschaften, die ihre Beziehungen durch Partnerverträge geregelt und dadurch eine der Gütergemeinschaft entsprechende Regelung getroffen haben,[67] denkbar und möglich.[68]

Dagegen scheidet diese Möglichkeit für nicht "verrechtlichte" Gemeinschaften aus. Für sie ist daher nach einer anderen Lösung zu suchen.

---

67 Die Zulässigkeit derartiger Regelungen ergibt sich aus der Privatautonomie, Vertragsfreiheit; vgl. dazu Kunigk S. 126; sie sind jedoch mit De Witt/Huffmann Rdn. 42 als "typisch realitätsfremde Produkte" zu bezeichnen.

68 Dieser Ansatzpunkt soll im folgenden nicht weiter vertieft werden, da von einer in der Praxis wohl weit öfters anzutreffende eheähnliche Gemeinschaft ohne Partnerverträge, also ohne rechtliche Vereinbarung zwischen den Partnern im Innenverhältnis ausgegangen werden soll. Zum

aaa) Möglichkeiten einer Anlehnung an gesetzliche Vorschriften

Da sich Ehegatten und die Partner eheähnlicher Gemeinschafter zwar durch die fehlende Eheschließung, nicht jedoch in tatsächlicher bzw. besitzrechtlicher Hinsicht unterscheiden, liegt es nahe, auf die für Ehegatten geltende, den Mitgewahrsam überwindende Regelung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO zurückzugreifen.

Danach enthält § 739 ZPO eine unwiderlegliche Vermutung dahin, daß der schuldende Ehegatte für die Durchführung der Vollstrekkung Gewahrsam an den Gegenständen hat, die nach § 1362 I BGB als ihm gehörig gelten. Voraussetzung für das Eingreifen des § 739 ZPO ist somit § 1362 I 1 BGB, nach dem zugunsten der Gläubiger vermutet wird, daß der Schuldner Eigentümer der beweglichen Sachen ist, die sich im Besitz eines oder beider Ehegatten befinden. Diese Eigentumsvermutung dient dem Gläubigerschutz[69] und soll hauptsächlich im Falle des § 771 ZPO den Beweisnotstand der Gläubiger verhindern, denen die Eigentumsverhältnisse an Mobilien meist nicht bekannt sind. Denn ohne eine derartige Regelung müßte nach § 1006 BGB aus dem in der Regel bestehenden Mitbesitz beider Ehegatten an den in der Ehewohnung befindlichen Sachen auf entsprechendes Miteigentum geschlossen werden.

Die Zwangsvollstreckung würde folglich für den Fall scheitern, in dem die Ehegatten nicht kraft Rechtsgeschäfts oder Gesetzes (§ 1357 BGB n.F.) als Gesamtschuldner haf-

---

Problem der Anwendung eherechtlicher Vorschriften auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften unter verfassungsrechtlichem Aspekt s. später.

69 St/J/Münzberg § 739 Rdn. 11; Arnold S. 40 f; Elsing JR 1978, 496; vgl. u.a. die Begründung des Regierungsentwurfes bei Maßfeller S. 90 und 322.

ten, da der Gläubiger die Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander zu wenig kennt, um in den übrigen Fällen des Alleineigentums seines Schuldners nachweisen zu können. Daher trifft zur Abwendung dieser Beweisnot § 1362 I 1 BGB eine Sonderregelung für bewegliche Sachen von Ehegatten in Abweichung von der allgemeinen Beweislastregel des § 1006 BGB.

Dennoch reicht die in § 1362 BGB getroffene Regel nicht allein aus, um den Gläubiger von verheirateten Schuldnern eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung zu ermöglichen.

Der GV kann nämlich nach § 808 ZPO nur solche Sachen pfänden, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Die Pfändung von Sachen, an denen ein Dritter Mitgewahrsam hat, ist nach § 809 ZPO nur zulässig, wenn der Dritte zur Herausgabe bereit ist. Die unwiderlegliche Vermutung des § 739 ZPO ist damit eine lex specialis gegenüber der Bestimmung des § 809 ZPO. Damit wird sichergestellt, daß der Ehegatte , gegen den kein Titel vorliegt, entgegen der Bestimmung des § 809 ZPO allein auf Grund des ihm zustehenden Mitgewahrsams der Pfändung von Sachen, die dem Schuldner gehören oder für die jedenfalls nach § 1362 BGB vermutet wird, daß sie ihm gehören, nicht entgegentreten kann. § 739 ZPO ist somit eine notwendige Ergänzung des § 1362 BGB zur Durchführung der Zwangsvollstreckung.[70]

Die Neufassung des § 739 ZPO soll keinen

---

70 Zöller/Stöber § 739 Rdn. 1.

Zusammenhang mit der sonst in §§ 735-749 ZPO geregelten Frage aufweisen, gegen wen im einzelnen zur Zwangsvollstreckung ein Vollstreckungstitel erforderlich ist.[71] Richtig daran ist, daß kein direkter Zusammenhang besteht. Durch die Gewahrsamsfiktion zugunsten des schuldenden Ehegatten wird aber indirekt auch die Frage entschieden, gegen wen ein Vollstreckungstitel bei im Mitgewahrsam stehenden beweglichen Sachen erforderlich ist: nach § 739 ZPO braucht entgegen § 809 ZPO nur ein Vollstrekkungstitel gegen den schuldenden Gatten vorliegen.

Zuzustimmen ist der Ansicht, nach der § 739 ZPO n.F. mit den Grundgedanken des § 739 ZPO a.F. nichts mehr zu tun hat. Die Neufassung dient nämlich dem Gläubigerschutz (s.o.), nicht mehr dem Schutz des Ehegatten.[72] Denn nach § 739 ZPO a.F. war eine Vollstreckung in das eingebrachte Gut (§ 1411 BGB a.F.) der Ehefrau nur zulässig, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt waren. Das Gericht stellte mit dem Duldungstitel fest, ob das eingebrachte Gut für die eingeklagte Verbindlichkeit der Frau haftete. Der zur Verwaltung und Nutznießung berechtigte Ehemann sollte damit vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das von seiner Ehefrau eingebrachte Gut geschützt werden. § 739 a.F. war also nicht geschaffen worden, um den

71 Röhl S. 88; Zöller/Stöber Rdn. 1.
72 St/J/Münzberg § 739 Rdn. 9.

Allein- bzw. Mitgewahrsam des Mannes zu überwinden.

Nach dem Inkrafttreten der Gewahrsamsfiktion des § 739 ZPO n.F. erübrigte sich die Notwendigkeit eines Duldungstitels.[73] Die Einordnung erfolgte zwar anstelle des § 739 a.F., sie darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihr systematischer Standort als lex specialis hinter bzw. als Absatz in § 809 ZPO läge.

bbb) Verfassungsmäßigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO

Will man nun die Vorschriften der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf eheähnliche Gemeinschaften übertragen, bedarf es vorab einer Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit.

Obwohl das Zusammenleben der Partner, die tatsächliche Vermischung von beweglicher Habe, die Schwierigkeit bei der Feststellung und die leichte Möglichkeit der Verschleierung der Besitzverhältnisse regelmäßig bei den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften ebenso wie bei Eheleuten zutreffen, werden Partner eheähnlicher Gemeinschaften - läßt man eine Analogie außer Betracht - dadurch bevorzugt, daß der nichtschuldende Partner seine Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO gegen pfändende Gläubiger auf seinen Besitz stützen, wegen seines Mitgewahrsams gegen die Pfändung Erinnerung nach § 766 ZPO[74] einle-

---

73 S. dazu ausführlich Weber RPfl 1959, 179 f; Haegele Die Justiz 1958, 142; Berner RPfl. 58, 201 f.

74 S. zur Erinnerungsbefugnis Dritter: Blomeyer, Jürgen S. 51 ff, 64 f; Boennecke NJW 1959, 1260.

gen kann und eine dem § 1362 BGB entsprechende Vermutung nicht zu widerlegen braucht. Diese Schlechterstellung veranlaßt manche Autoren, gem. Art. 3 und Art. 6 GG,[75] wonach die Ehe und Familie unter besonderem Schutz des Staates steht, die Regelungen der §§ 1362 BGB, 739 ZPO für verfassungswidrig zu erklären.[76] Sie betonen zwar, daß Art. 3 I GG nicht verletzt sei, wenn sich für die Ungleichbehandlung der beiden Personengruppen ein vernünftiger Grund finden lasse;[77] dieser sei aber nicht gegeben.

Die Ungleichbehandlung der Ehegatten mit dem Hinweis auf das "Wesen der Ehe" oder auf eine "Schicksalsgemeinschaft" zu rechtfertigen,[78] überzeugt wenig.[79] Eine zulässige Ungleichbehandlung ergibt sich auch nicht daraus, daß bei Ehen die Verschleierungsgefahr typischerweise größer ist.

Die Struktur der personalen Mann-Frau Beziehung ist bei Ehen und eheähnlichen Gemeinschaften dieselbe. Die Partner eheähnlicher Gemeinschaften leben wie Eheleute zusammen mit dem Unterschied, daß die Partner nicht förmlich die Ehe geschlossen haben. Im tatsächlichen Bereich ergeben sich aber keine Unterschiede. So wirtschaften beide Gemeinschaften aus einem Topf, woraus größere

---

75 Da hier die Benachteiligung von Ehegatten gegenüber Partner eheähnlicher Gemeinschaften im Vordergrund steht, hat der spezifische Schutzgedanke des Art. 3 I GG zu der zu prüfenden Regelung (§§ 1362 BGB, 739 ZPO) die stärkere sachliche Beziehung, vgl. BVerfG NJW 1985, 375.

76 Brox FamRZ 1981, 1125 ff (ausführlich) sowie Brox/Walker Rdn 241; Jauernig S. 73; Gerhardt ZZP 95 (1982), 491; Bedenken bei dems. (Grundbegriffe) Rdn. 85.

77 Allgemeine Ansicht: Model/Müller Art. 6, 3. S. 122; Erman/Heckelmann § 1362 Rdn. 19; BVerfG FamRZ 1968, 438; BVerfG FamRZ 63, 417 ff.

78 Münchner Kommentar/Wacke § 1362 Rdn. 3 ff; Müller, Heinzjörg S. 42 f.

79 So richtig Gernhuber S. 252 f; Gerhardt § 8 I 3; (Grundbegriffe) Rdn. 85.

pfändbare Vermögensgegenstände erworben werden. Insbesondere wirkt sich die tatsächliche Gleichheit auf die Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse aus, denen in der Mobiliarvollstreckung entscheidende Bedeutung zukommt (§§ 808, 809, 739 ZPO). Besitz und Gewahrsam werden nach tatsächlicher Sachherrschaft bestimmt (s.o.). Ergeben sich aber beim Zusammenleben keine Unterschiede im tatsächlichen Bereich, gibt sie es erst recht nicht bei den auf dem Tatsächlichen beruhenden Besitz- und Gewahrsamsverhältnissen. Die Verschleierungsgefahr ist daher bei Ehen nicht typischerweise größer. Die innere Ausgestaltung bei Ehen ist genauso mannigfaltig wie bei eheähnlichen Gemeinschaften.

Dieser Ansicht steht nicht entgegen, daß das Zusammenleben in einer eheähnlichen Gemeinschaft nur unverbindlich ist. Das unverbindliche Zusammenleben erfolgt auch im tatsächlichen Bereich. Darauf stellt aber gerade der Besitz- und Gewahrsamsbegriff ab.

Vielmehr kann die Ungleichbehandlung und damit die Verfassungswidrigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO im Hinblick auf Art. 3 I GG nur dadurch behoben werden, daß die Vorschriften in verfassungskonformer Auslegung[80] bzw. einer Analogie auch auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft angewendet werden.[80a]

M. E. fordert gerade der besondere Schutz

---

80 BVerfG NJW 1985, 375 bezgl. § 139 S. 1 und S. 2 AFG. Das BVerfG stellt zunächst eine "unterschiedliche Behandlung" von Eheleuten und Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft fest. Art. 3 I GG i.V.m. Art. 6 I GG verbiete aber eine Benachteiligung von Eheleuten. Die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung durch eine verfassungskonforme Auslegung scheitere aber an Wortlaut und Sinn; s. auch FN 84

80a Brox FamRZ 1981, 1127.

der Ehe[81] nach Art. 6 I GG i.V.m. Art 3 GG ein solches Vorgehen.

Der Schutz der Ehe ergibt sich m.E. aus dem Zusammenspiel von Art. 6 I GG mit Art. 3 GG und umfaßt zwei Richtungen:
Zum einen soll Art. 6 I GG die sich aus der Eheschließung ergebenden Privilegien gegenüber eheähnliche Gemeinschaften absichern. Daraus folgt, daß in diesem Bereich eine Gleichstellung der eheähnlichen Gemeinschaften mit den Ehen nach Art. 3 GG ausscheidet, da der ehespezifische Schutz des Art. 6 GG vernünftige Gründe für eine Gleichbehandlung nach Art. 3 I GG ausschließt, so z.B. im Bereich des Unterhaltsrechts oder Zugewinnausgleichs etc.[82]

Zum anderen soll aber auch durch Art. 6 I GG die Ehe vor Benachteiligungen abgesichert werden.[83] Denn will man die Ehe nach Art. 6 I GG wirksam schützen, hat eine Gleichstellung der eheähnlichen Gemeinschaften mit Ehen in den betreffenden benach-

---

81 Dieser Ansatzpunkt findet sich in der überwiegenden Zahl der verfassungsrechtlichen Diskussionen wieder, stellvertretend für alle Derleder NJW 1980, 546.

82 Insofern richtig BVerwGE 51, 244 (251 f) bezüglich § 1 III BVFG, eine die Ehe bevorzugende Regelung; BGH FamRZ 1980, 40 ff bezüglich Unterhaltsansprüche, eine die Ehegatten bevorzugende Regelung. In beiden Entscheidungen wurde eine Gleichstellung auch im Wege der Analogie ausgeschlossen; OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050 f für §§ 1371, 1931 BGB, Ehegatten privilegierende Vorschriften. A.A. Emmerich S. 136 (die Vorschriften der Haushaltsteilung seien auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften anwendbar). LG Düsseldorf NJW 1985, 2427 zu § 1 Nr. 1 AVB, eine die Ehe bevorzugende Regelung; Appel S. 150.

83 Insofern richtig LG Frankfurt DGVZ 1985, 116 mit der Feststellung, daß Art. 6 I GG den besonderen Schutz von Ehe und Familie garantiere, was aber nicht notwendigerweise ausschließe, einen vom Gesetz gleichwohl für Eheleute normierten Nachteil auch auf andere Personen auszudehnen. Damit nicht zu vereinbaren ist jedoch die ablehnende Begründung der entsprechenden Anwendung des § 739 ZPO auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften. Diese sollen einen vom Gesetz nur Ehegatten auferleg-

teiligenden Bereichen nach Art. 3 GG zu erfolgen. Der Nachteil für eheähnlichen Gemeinschaften oder anderer wird dadurch zum Vorteil für Ehen, daß jene nicht besser stehen. Der Schutz der Ehen nach Art. 6 I GG besteht somit darin, Ehen vor einer Schlechterstellung im Vergleich zu eheähnlichen Gemeinschaften zu bewahren. Dieser Schutz stellt daher in diesem Bereich einen vernünftigen Grund für die Gleichbehandlung beider Gemeinschaften nach Art. 3 I GG dar. Als Beispiel hierfür kann § 122 BSHG angeführt werden.[85]

Danach kann m.E. die Verfassungswidrigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO, also Ehegatten benachteiligender Vorschriften, nicht mit

---

ten Nachteil nicht hinzunehmen haben, ohne auch in den Genuß der mit der Eheschließung verbundenen Vorteile zu kommen. Träfe diese Feststellung zu, würde dies notwendigerweise ausschließen, daß ein vom Gesetz für Eheleute normierter Nachteil auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften ausgedehnt werden könnte; denn die Eheschließung bringt im Vergleich zum ehelosen Zusammenleben auf jeden Fall Vorteile mit sich (vgl. etwa Unterhaltsrecht, Versorgungsausgleich, Steuervorteile). Art. 6 I GG rechtfertigt aber Vorteile nur für die Ehe.

84 Natürlich nur, wenn die Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung bzw. Analogie vorliegen.
BVerfG NJW 1985, 374 f zu § 139 AFG, eine die Ehegatten benachteiligende Vorschrift. Das BVerfG führt ausdrücklich an, daß Wortlaut und Sinn des § 139 AFG die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung durch eine verfassungskonforme Auslegung dieser Norm nicht zulassen.
BVerfG FamRZ 1968, 437 ff zu § 45 KO, eine die Ehegatten benachteiligende Norm, die wegen der Verletzung des Übermaßverbots für verfassungswidrig erklärt wurde. Interessant in diesem Zusammenhang ist die Stellungnahme des BVerfGs zu § 1362 BGB. Es war zwar nach der Vorlagefrage nicht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 1362 BGB aufgerufen; es stellt jedoch fest, daß die Regelung des § 1362 BGB im Gegensatz zu § 45 KO zeitliche und sachliche Begrenzungen aufweise. Dies läßt den Schluß zu, daß das BVerfG § 1362 BGB tendenziell für verfassungsgemäß einstuft.
BVerfG FamRZ 1963, 413 ff zu § 1 III Nr. 1 GrEStG, eine Ehegatten benachteiligende Norm. Es stellt fest, daß sich kein vernünftiger Grund für die Schlechterstellung finden lasse; damit war eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich, vgl. zu im Steuerrecht Ehegatten benachteiligenden Vorschriften im Hinblick auf Art. 6 I GG Scheffler S. 319 ff

85 Vgl. Simon JuS 1980, 252, die Vorschrift des § 122 BSHG solle verhindern, daß die in eheähnlicher Gemeinschaft Lebenden besser gestellt werden als die Eheleute; ebenso Rogalski AnwBl 1983, 359.

dem Hinweis festgestellt werden, daß die die Ehegatten bevorzugenden Regelungen (s.o.) verfassungswidrig seien.[86]

Ferner beantwortet sich dadurch die Frage nach einer völligen Gleichstellung von Ehegatten und Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft; nach vorgegebener Unterscheidung ist sie ausgeschlossen.[87] Vor diesem Hintergrund ist ferner die Meinung einiger Autoren[88] verständlich, die - unabhängig von Art. 6 GG - mangels Vergleichbarkeit eine analoge Anwendung eherechtlicher Vorschriften ausschließen. Denn ihnen geht es vor allem um güterrechtliche, vermögensrechtliche und unterhaltsrechtliche Folgen bei Auflösung der Gemeinschaft, mithin um Ehegatten privilegierende Vorschriften. In der Tat sind die Partner eheähnlicher Gemeinschaften in diesen Bereichen mit Ehegatten nicht vergleichbar; denn durch die Eheschließung unterliegen die Ehegatten dem Typenzwang des Familienrechts.

Diese Ansicht deckt sich somit mit der hier vertretenen Auffassung.

ccc) §§ 1362 BGB, 739 ZPO analog

Im folgenden ist daher die Möglichkeit

---

86 RGRK/Wenz § 1362 Rdn. 3 unter Berufung auf BGH FamRZ 1980, 40, 41; FN 82.
87 v. Münch, Ingo S. 150; Scholz S. 40; Battes S. 23; Dieckmann S. 126; Meier-Scherling DRiZ 1979, 296.
88 Schlüter S. 17; Roga'ski AnwBl 1983, 359; Evans-von Krbek JR 1979, 240 f; Kunigk Jura 1980, 518; Lipp AcP 80, 561 f; ohne nähere Begründung Kurr S. 17; Giesen ZVlgRWiss 79, 190; Ohlenburger-Bauer S. 48.

einer analogen Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft zu prüfen. Der Schutz der Ehe nach Art. 6 I GG fordert nach der hier vertretenen Ansicht eine Gleichbehandlung der eheähnlichen Gemeinschaft mit der Ehe, wenn die Voraussetzungen für eine Analogie erfüllt sind. Dagegen bewirkt Art. 3 GG in Verbindung mit dem besonderen Schutz der Ehe nach Art. 6 I GG die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschriften für den Fall, daß die Voraussetzungen für eine Analogie nicht gegeben sind. Die Folge davon wäre, daß die Zwangsvollstreckung sowohl gegen Ehegatten als auch gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft nach den allgemeinen Vorschriften zu erfolgen hätte (Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs des schuldenden Ehegattens bzw. Partners gegen den nichtschuldenden).

(4) Analoge Anwendung von Sondervorschriften

Einer möglichen Analogie[89] könnte zunächst der Charakter der Vorschriften §§ 1362 BGB, 739 ZPO entgegenstehen. Denn dieser weist jene Regelungen als Sonderrecht[90] aus; nicht etwa deshalb, weil diese Vorschriften an die Wirkungen der Eheschließung anknüpfen; vielmehr ergibt sich dies aus dem

89 Unstreitig ist auch im Prozeßrecht eine Analogie zulässig und geboten, vgl. St/J/Schumann Einleitung I E Rdn. 93; Thomas/Putzo Einleitung V 5. Das Zivilrecht erachtet eine Analogie für selbstverständlich; der § 1 des 1. Entwurfes enthielt noch eine ausdrückliche Bestimmung, nach der eine Analogie zulässig war, vgl. die Protokolle Bd. I S. 2. Vgl. zu Art. 1 ZGB, der den Richter bei Fehlen von Vorschriften zum Gesetzgeber macht: Meier-Hayoz (Festschrift) S. 192 ff; ders. S. 1 ff.

90 S. dazu Enneccerus-Nipperdey S. 298.

Wesen des Sonderrechts. Es nimmt bestimmte Klassen aus dem Anwendungsbereich einer allgemeinen, an sich auch für sie geltenden Regel heraus und unterstellt sie einer besonderen Vorschrift, die von der allgemeinen abweicht. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, daß der Mitgewahrsam des nichtschuldenden Ehegattens entgegen der allgemeinen Regel des § 809 ZPO infolge der Gewahrsamsfiktion des § 739 ZPO nicht besteht. Ehegatten werden folglich aus dem an sich auf sie anwendbaren § 809 ZPO herausgenommen und der besonderen Vorschrift des § 739 ZPO unterstellt. § 739 ZPO mit § 1362 BGB stellen somit Ausnahmebestimmungen dar.

Für Ausnahmebestimmungen galt früher der interpretationstheoretische Grundsatz "singularia non sunt extendenda" [91] (Ausnahmeregelungen sind eng auszulegen und nicht analogiefähig). Wie schon verschiedentlich nachgewiesen wurde, beruht dieser Satz auf der Annahme, daß eine Ausnahmevorschrift den für einen bestimmten Tatbestand gegebenen Rechtssatz in seiner Geltung zugleich auf diesen beschränke und damit alle anderen Fälle der entgegengesetzten Regel unterwerfe.[92] Der Annahme müßte aber dann zu Grunde liegen, daß die einzelnen Gesetze als in sich geschlossene Gebilde angesehen werden könnten. An das Lückenlosigkeitsdogma glaubt aber heute niemand mehr.[93] Nach seiner Preisgabe gilt vielmehr als gesicherte Er-

91 S. stellvertretend für alle: Münchner Kommentar/Säcker Einleitung Rdn. 102.
92 S. dazu aus zivilprozessualer Sicht: Gaul S. 37 ff; auch schon Wach S. 273 ff.
93 Vgl. die Nachweise bei Gaul S. 41 FN 26,27.

kenntnis, daß Ausnahmevorschriften auch auf einen solchen Sachverhaltstypus sinngemäß, d.h. analog anzuwenden sind, der zwar keine völlige, wohl aber eine essentielle Strukturgleichheit mit dem Sachverhaltstyp aufweist, auf den die Ausnahmevorschrift unmittelbar Anwendung findet.[94] Somit ist heute davon auszugehen, daß "in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmevorschrift sehr wohl eine Analogie statthaft ist".[95] Der Gesetzeszweck unter Berücksichtigung der Interessen- und Wertlage entscheidet somit, ob eine Ausnahmevorschrift abschließend gelten soll.

Der Ausnahmecharakter der Sonderregelungen der §§ 1362 BGB, 739 ZPO steht damit einer Analogie nicht im Wege.

β) Lücke

Die Analogie setzt zunächst voraus, daß eine Lücke des positiven Rechts besteht.[96] Sie tritt insbesondere auf, wo weder das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht eine unmittelbare Antwort auf eine Rechtsfrage geben.[97] Dabei darf das Schweigen des Gesetzes nicht

94 BGHZ 26, 83; BGHZ 38, 63; BGHZ 61, 397, 399; BAG NJW 1959, 1153 ff und Weinsheimer NJW 1959, 566; Soergel/Hefermehl, Anhang zu § 133 Rdn. 12; Handbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 1, S. 135; Palandt/Heinrichs, Einleitung VI 3 d gg; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Einleitung III 5 Da); St/J/Schumann, Einleitung I E Rdn. 95; so schon Wach S. 12; Larenz S. 343; Bartholomeyczik S. 111 f. S. zum Problem der Analogie von Ausnahmevorschriften in der schweizerischen ZPO Meier-Hayoz SJZ 50, 340 ff und Wolff in derselben, 220 ff.

95 Larenz S. 343 f;Heller, Theodor S. 89 f; Heck (Gesetzesauslegung) S. 186 ff; Engisch S. 151; Müller, Friedrich S. 165 f.

96 Allgemeine Ansicht: Engisch (Festschrift) S. 88 ff; Bartholomeyczik S. 81 f; schon Stammler S. 641 ff; v. Thur S. 40 f;vgl. zum Lückenproblem aus rechtslogischer Sicht: Klug S. 71 ff.

97 S. dazu die ausführliche Definition bei Engisch S. 140 f; Coing S. 52; Larenz S. 358; Canaris S. 39.

bewußt und gewollt sein, da in diesem Fall das Gesetz selbst den zu regelnden Sachverhalt nicht auf die in Frage stehende Vorschrift angewendet haben will.[98] Vielmehr muß die Lücke aus einer "planwidrigen Unvollständigkeit"[99] resultieren.

Allein aus der Tatsache, daß für den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft keine spezielle Regelung besteht, kann nicht auf eine Lücke geschlossen werden. Denn die allgemeine Vorschriften der §§ 808, 809 ZPO enthalten Regelungen, nach denen der Mitgewahrsam eines Dritten zu behandeln ist. Das Gesetz enthält somit eine Bestimmung über den Mitgewahrsam in der Mobiliarvollstreckung.

Für Ehegatten jedoch sieht die ZPO eine Durchbrechung der allgemeinen Vorschriften der §§ 808, 809 ZPO in §§ 1362 BGB, 739 ZPO vor. Diese Bestimmungen dienen dem Gläubigerschutz.[100]

Wie oben ausgeführt, rechtfertigt sich keine Ungleichbehandlung der in tatsächlicher und insbes. besitzrechtlicher Hinsicht vergleichbaren eheähnlichen Gemeinschaften mit Ehen. Für eheähnliche Gemeinschaften enthält aber die ZPO keine dementsprechende Regelung. Daher besteht dann keine Lücke für eheähnliche Gemeinschaften, wenn der Gesetzgeber diese bewußt und gewollt aus dem Anwendungsbereich des im Jahre 1957 in Kraft getretenen § 739 ZPO n.F. ausgeschlossen hat.

98 "Beredes Schweigen" führt zum argumentum e contrario.
99 Begriff bei Elze S. 19; übernommen von Larenz S. 358; Engisch S. 141; Canaris S. 31 ff.
100 S.o.; gegen eine "paritätische Behandlung beider Teile" (Ehegatten) durch § 1362 BGB n.F.: Esser JZ 1953, 524.

Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß im Jahre 1957 eheähnliche Gemeinschaften bestanden haben, man denke etwa an die Onkelehen oder Rentenkonkubinate.[101] Ein Blick auf fehlende Gerichtsentscheidungen zeigt aber, daß der Mitgewahrsam bei solchen Gemeinschaften nicht als Problem im Rahmen der §§ 808f ZPO empfunden wurde. Erst im Jahre 1964 hatte erstmals das AG Berlin-Neukölln[102] über eine derartige Rechtsfrage zu entscheiden.

Ferner enthält die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1362 BGB n.F. und § 739 ZPO n.F.[103] keine Stellungnahme zu eheähnlichen Gemeinschaften. Wollte der Gesetzgeber diese aus dem Anwendungsbereich der §§ 1362 BGB, 739 ZPO ausschließen,hätte es nahegelegen, einen entsprechenden Vermerk in den Begründungen hinzuzufügen.[104] Das Schweigen läßt darauf schließen, daß der Gesetzgeber solche Gemeinschaften übersehen hat, zumal der Zweck der Vorschriften - wie sogleich zu zeigen sein wird - auch auf eheähnliche Gemeinschaften zutrifft. Dem Gesetzgeber waren zwar eheähnliche Gemeinschaften bekannt, ihm war jedoch nicht deren vergleichbare Problemlage bewußt. Dafür spricht schließlich, daß er das starke Anwachsen solcher Gemeinschaften nicht vorausgesehen

---

101 Vgl. die Motive.

102 DGVZ 1966, 24 f.

103 Abgedruckt bei Maßfeller S. 90 und 322; vgl. dazu ausführlich Reinicke/Schwarzhaupt S. 76 ff.

104 Dies belegt eindeutig die in der Reformdiskussion des ersten Eherechtsänderungsgesetzes (1976) erhobene Forderung nach Einführung eines Aufschlußtatbestandes in § 1586 I BGB. Dabei wurde ausdrücklich angeführt, daß die Bedeutung und Problematik der eheähnlichen Gemeinschaft für das Unterhaltsrecht geschiedener Ehegatten gerade in der heutigen (1976!) Zeit bekannt wären; Nachweise bei BGH FamRZ 1980, 41.

hat.[105] Er hielt deshalb eine gesetzliche Regelung nicht für notwendig.

Der im Wege der historischen und teleologischen, objektiven[106] Betrachtungsweise gewonnene "Plan" des Gesetzes ist daher "unvollständig".[107]

Diese Ansicht belegt vor allem das jedem Gesetz innewohnende Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen.[108] Denn regelt das Gesetz einen bestimmten Sachverhalt in bestimmter Weise, enthält es aber keine Regeln für den im Sinne der getroffenen Wertung gleichliegenden, zu entscheidenden Fall, so ist das Fehlen einer solchen Regelung als eine Lücke des Gesetzes anzusehen. Da das Problem des Mitgewahrsams bei eheähnlichen Gemeinschaften einen im Vergleich zu Ehen gleichgelagerten Fall darstellt (s.o.), für eheähnliche Gemeinschaften aber keine Regelungen bestehen, liegt eine Lücke vor.

Da die ZPO für eheähnliche Gemeinschaften keine Vorschriften enthält, obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Vorschrift enthalten sollte, und der Gesetzgeber die nach der Grundabsicht des § 739 ZPO regelungsbedürftige Frage des Mitgewahrsams des nichtschuldenden Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft in Folge eines Wandels der Lebensauffassungen[109] über-

---

105 Vgl. die vom Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung Ende 1978 erhobene Repräsentativbefragung, vgl. dazu De Witt/Huffmann Rdn. 10.

106 Die objektive Auslegungsmethode ist herrschend vgl. Engisch S. 145.

107 Damit scheidet die Möglichkeit eines Umkehrschlusses (argumentum e contrario) aus, da dafür dem Gesetzgeber die Tatbestände damals bereits bewußt gewesen sein müßten und deshalb von ihm berücksichtigt werden konnten; vgl. dazu Gaul S. 45 und Zimmermann NJW 1954, 624 ff.

108 Larenz S. 359.

109 Das starke Anwachsen eheähnlicher Gemeinschaften spiegelt sich im Wandel der Auffassungen wider. Wurde das Konkubinat bis zum Inkrafttreten des GG bekämpft, erfuhr es unter der Herrschaft des GG eine Tolerierung. Doch auch zwischen den Rentenkonkubinaten und den heutigen eheähnlichen Gemeinschaften lassen sich Unterschiede fest-

sehen hat, liegt eine offene, unbewußte, nachträgliche[110] Lücke vor.

γ) Normzweck

Die Analogie bedarf ferner einer Prüfung des Normzwecks. Trifft dieser auf den vergleichbaren, zu regelnden Sachverhalt nicht zu, verbietet sich ein Analogieschluß.

Für die Frage des Normzwecks der §§ 1362 BGB, 739 ZPO ist die Begründung des Regierungsentwurfes heranzuziehen.[111] Danach soll die Vermutung der §§ 1362 I 1 BGB bei Zusammenleben der Ehegatten erforderlich sein, da schwer festzustellen sei und auch leicht verschleiert werden könne, wer von den Ehegatten die zu pfändende Sache besitze. Diese Vermutung könne aber ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn bei der Zwangsvollstreckung die Tatsache, daß der andere Ehegatte die zu pfändenden oder gepfändeten Gegenstände im Besitz und Gewahrsam habe, bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht im Wege stehe.

---

stellen. Waren erstere meistens wirtschaftlich bedingt, werden heute eheähnliche Gemeinschaften bewußt aus anderen Motiven, die sich gegen traditionelle Vorstellungen wenden, eingegangen; s. zur Art und Weise der Lückenentstehung durch sozialen Wandel: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 1, S. 134; Kohler S. 10 ("Die Jurisprudenz ... erheischt ein tiefes Eingehen auf die Lebensverhältnisse und die Anforderungen der Kultur.").

110 Zu den unterschiedlichen Arten der Lücken, vgl. Larenz S. 369 f und Soergel/Hefermehl, Anhang zu § 133 Rdn. 12. Mit Mayer-Maly S. 65 kann auch von einer Lücke im pragmatischen Sinne ausgegangen werden. Diese soll vorliegen, wenn zu einer in der gesellschaftlichen Wirklichkeit deutlich gewordenen Problemstellung kein Ordnungsversuch seitens der Rechtsordnungen unternommen werde. Dies trifft auf vorstehenden Sachverhalt zu. Siehe auch Reinicke NJW 1954, 1217 zum Verhältnis des Gesetzes zu nicht vorhergesehenen Sachlagen. Ob eine derartige Lücke als "Rechtslücke" zu bezeichnen ist, ist strittig, vgl. dazu Pawlowski Rdn. 620 und FN 17.

111 Abgedruckt bei Maßfeller S. 90 und 322; vgl. im übrigen schon aaa) bezüglich Beweislastprobleme.

Dies wäre der Fall, wenn der GV die Pfändung der Gegenstände gem. §§ 808, 809 ZPO ablehnen müßte und der andere Ehegatte gegen die Pfändung die Erinnerung gem. § 766 ZPO oder die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO erheben könne, weil die Pfändung in seinen Gewahrsam oder Besitz eingegriffen habe. Deshalb ordne § 739 ZPO n.F. an, daß der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer der Gegenstände gelte, auf die sich die Vermutung des § 1362 BGB erstrecke.

Dieser Normzweck trifft auch auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft zu. Denn die Partner haben grundsätzlich Mitgewahrsam an den zu pfändenden oder gepfändeten Gegenständen (s.o.). Auf Grund des Zusammenlebens besteht sowohl bei Ehegatten als auch bei Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft die Gefahr der Vermischung beweglicher Habe und damit die Gefahr der Eigentumsverschleierung. Eheähnliche Gemeinschaften unterscheiden sich von Ehen insbesondere in Bezug auf die besitzrechtliche Lage eben nur durch die Eheschließung. Die in §§ 1362 BGB, 739 ZPO angeführte Zweckrichtung trifft daher auch auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften zu.

Der Normzweck der §§ 1362 BGB, 739 ZPO steht einer analogen Anwendung auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht entgegen.

δ) Interessenlage

Schließlich muß die Interessenlage bei eheähnlichen Gemeinschaften mit der bei Ehen vergleichbar sein.

Vor allem sind beide Gruppen durch die Veränderung des Grundgedankens in § 739 ZPO

vergleichbar geworden. Wollte § 739 a.F. den Ehemann vor dem Zugriff auf das seinem Recht auf Verwaltung und Nutznießung unterliegende, eingebrachte Gut der Frau schützen, dient die Neufassung des § 739 ZPO einem völlig anderen Zweck, nämlich dem Gläubigerschutz. Dieser Zweck des § 739 ZPO soll mit Hilfe des § 1362 I BGB dem Gläubiger trotz Verschleierung und Vermischung des Eigentums an beweglichen Sachen die Zwangsvollstreckung ermöglichen. Es geht also nicht mehr um einen aus der Eheschließung folgenden Schutz der Ehegatten; das Faktum der Eheschließung ist nicht mehr das wesentliche Merkmal! Vielmehr erfolgt die Anknüpfung an Ehen in § 1362 I BGB, 739 ZPO nur aus der bei ihnen typischerweise anzutreffenden Gefahr der Eigentumsverschleierung und der damit verbundenen Gefährdung für den Gläubiger,die Zwangsvollstreckung erfolgreich durchführen zu können.

Das Interesse der Gläubiger geht aber auch bei eheähnlichen Gemeinschaften, die dieselben Gefahren für eine Zwangsvollstreckung mit sich bringen, dahin, eine Zwangsvollstreckung erfolgreich betreiben zu können, obwohl die Partner auf Grund ihres Zusammenlebens ihre Eigentumsverhältnisse verschleiern und Mitgewahrsam an den zu pfändenden Gegenständen haben, was die Zwangsvollstreckung erschwert (vgl. § 809 ZPO!). Da der Gläubigerschutzgedanke in § 739 ZPO n.F. das entscheidende Merkmal darstellt, ist die Interessenlage der Gläubiger bei eheähnlichen Gemeinschaften und Ehen dieselbe (s.o.). Beide Gemeinschaften bergen die Gefahr der Eigentumsverschleierung in sich. Dies spiegelt sich auch in der systematischen Einordnung der den Mitgewahrsam behandelnden Norm wider. Daß diese Regelung in § 739 ZPO ihren Niederschlag gefunden hat, beruht nur auf der Tatsache, daß der § 739 ZPO eine Neufassung erfahren hat. Systematisch richtiger wäre,

wie oben ausgeführt, die Einordnung hinter § 809 ZPO bzw. als Absatz in § 809 ZPO; denn § 739 ZPO weist keinen direkten Zusammenhang mehr mit den die Frage des Titelerfordernisses regelnden §§ 735-738 ZPO auf. Daraus wird deutlich, daß nicht mehr das Merkmal der Ehe, sondern der Gläubigerschutzgedanke wesentlicher Gesichtspunkt dieser Norm darstellt.

Sonach ist schon aus diesem Grund auch die Interessenlage bei eheähnlichen Gemeinschaften mit der bei Ehen vergleichbar.[112]

Die Vergleichbarkeit beider Gruppen ergibt sich ferner daraus, daß nach Wegfall des gesetzlichen Güterstandes der Nutznießung und Verwaltung des Mannes am 1.4.1953 der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich trat, nach dessen Prinzip Ehegatten in Fragen der Zuordnung wie unverheiratete Personen zu behandeln sind.[113] Dies offenbart sich in der Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse. Wurden sie damals nach güterrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt, erfolgt die Beurteilung heute ausschließlich nach der tatsächlichen Sachherrschaft einer Person über eine Sache.[114] Nach dieser Änderung in der Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse, die vor allem in diesem Zusammenhang relevant werden (§§ 808, 809 ZPO), sind die Partner eheähnlicher Gemeinschaften mit Ehegatten vergleichbar.

---

112 Dies erkennen nicht nur Befürworter, sondern auch Gegner der hier vertretenen Meinung an. Gegner: Brox FamRZ 1981, 1128; Röhl S. 89; LG Frankfurt DGVZ 1985, 116, obwohl die Interessenlage für die Gläubiger gleich sei, hindere der in FN 83 festgestellte Gesichtspunkt eine Ausweitung des Gläubigerschutzes. Daß die Begründung inkonsequent ist, wurde schon in FN 83 festgestellt.

113 Münchner Kommentar/Gernhuber § 1363 Rdn. 11.

114 Dies belegt wiederum die Unwesentlichkeit einer formalen Eheschließung im Bereich des § 739 ZPO.

Schließlich unterscheiden sich eheähnliche Gemeinschaften von Ehen, wie oben ausgeführt, zwar durch die fehlende Eheschließung nach § 11 EheG, nicht jedoch in tatsächlicher und besitzrechtlicher Hinsicht, insbesondere in Bezug auf den Normzweck der §§ 1362 BGB, 739 ZPO. Auf die Eheschließung kommt es aber nach dem Normzweck des § 739 ZPO nicht mehr an.[115]

Da somit sowohl eine Lücke besteht als auch Normzweck und Interessenlage der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften zutreffen, rechtfertigt sich eine analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf eheähnliche Gemeinschaften.

Die zulässige Analogie ist geboten, da eine ausschließlich Ehegatten diskriminierende Sondervorschrift mit dem besonderen Schutzgebot aus Art. 6 I GG i.V.m. Art. 3 I GG unvereinbar ist (s.

Die Normen der §§ 1362 BGB, 739 ZPO sind daher auf Grund ihrer analogen Anwendung auf Partner eheähnlicher Gemeinschaften nicht verfassungswidrig.

Der GV kann mit einem Titel gegen den schuldenden Partner auch in die im Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners stehenden beweglichen Sachen nach den §§ 1362 BGB, 739 ZPO vollstrecken.[116]

ddd) Die eine Analogie ablehnenden Meinungen

Die h.M. lehnt dennoch eine analoge Anwendung

---

115 S. Text zu FN 112.

116 Für eine analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO ebenso: Münchner Kommentar/Wacke, § 1362 Rdn. 11; Palandt/Diederichsen § 1362 1); Hoche/Wiener Rdn. 164; Weimar JR 1982, 323 ff; Diederichsen NJW 1983, 1019 FN 46; AG Berlin-Neukölln DGVZ 66, 24 ff; für § 1362 II BGB auch Battes S. 54 f.

der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften ab.[117]

Zunächst führen manche[118] ins Felde, daß es sich bei den §§ 1362 BGB, 739 ZPO um Ausnahmevorschriften bzw. um Regelungen besonderer Rechtswirkungen handelt, die nur für Ehegatten gelten. Hierzu gehören auch diejenigen Ansichten,[119] die sich lediglich auf den Wortlaut stützen, der eine formgültige Eheschließung voraussetze. Sie weisen damit auf die Besonderheit der nur für Ehegatten geltenden Vorschriften hin; ihr Anwendungsbereich könne nicht ausgedehnt werden.

Die vorstehenden Meinungen zielen wohl auf den Satz ab, Ausnahmebestimmungen seien eng auszulegen und nicht analogiefähig. Diese Annahme beansprucht aber nach Preisgabe des Lückenlosigkeitsdogmas keine Geltung mehr (s.o. ccc) a). Damit sind die angeführten Gründe widerlegt und stehen der hier vertretenen Meinung nicht entgegen.

Andere Autoren[120] stellen das Bestehen einer ausfüllungsbedürftigen Lücke in Frage, da sich der Gesetzgeber bewußt auf die Ehe als die typische häusliche Lebensgemeinschaft beschränkt habe. Dem wurde schon oben unter ccc) β) widersprochen. Dem Gesetzgeber war zwar bekannt, daß es zumindest Onkelehen bzw. Rentenkonku-

---

117 Nachweise im einzelnen s. nachfolgend.
118 Röhl S. 89; AG Tübingen DGVZ 1973, 141 ff.
119 OLG Köln DGVZ 1976, 153 f; AG Gütersloh DGVZ 1979, 94; Müller, Heinzjörg, S. 43 FN 110; Kabisch DGVZ 1966, 26; Steinert NJW 1986, 685.
120 Brox FamRZ 1981, 1128 und Brox/Walker Rdn. 241; Noack JurBüro 1980, 649.

binate gab, ihm war jedoch die vergleichbare Problemlage nicht bewußt, wie sich aus den Entscheidungen und den Begründungen des Regierungsentwurfs ergibt.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der eheähnlichen Gemeinschaft veranlaßt manche,[121] an der Tragfähigkeit der Analogie zu zweifeln. Zum einen werde den Erfordernissen der Rechtssicherheit nicht Rechnung getragen. Zum anderen verlange man dem GV eine normative Entscheidung ab, die die Zügigkeit des Vollstreckungsablaufs gefährde. Schließlich fehle die "Klarheit", da eine Eheschließung nicht erfolgt sei. Diese Bedenken überzeugen aber nicht. Denn durch die Regelung des § 122 BSHG, der von in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Personen spricht, und durch die richterliche Interpretation dieser Vorschrift wird der Tatbestand der eheähnlichen Gemeinschaft umschrieben. Die richterliche Definition der eheähnlichen Gemeinschaft stellt für den Gerichtsvollzieher ein praktikables Erkennungszeichen dar. Trifft der Gerichtsvollzieher auf einen aussagebereiten Partner, der ihm den Zutritt zur Wohnung nicht verweigert, reicht es aus, wenn der Partner dem Gerichtsvollzieher zu erkennen gibt, er lebe in einer eheähnlichen Gemeinschaft. Da der Gerichtsvollzieher in diesem Fall auch die Wohnung betreten darf, kann er feststellen, ob die Partner zum Beispiel ein gemeinsamens Schlafzimmer haben und einen Haushalt zusammen führen. Dadurch befindet er sich in der Lage, auch festzustellen, ob die Wohnung von mehreren Personen bewohnt wird.

---

121 St/J/Münzberg § 739 Rdn. 11; Soergel/Lange § 1362 Rdn. 3; Scheld DGVZ 1983, 70 f; Röhl S. 90. Gerhardt (Grundbegriffe) Rdn. 85.

Trifft der Gerichtsvollzieher auf einen nicht-aussagebereiten Partner, der ihm auch am Zutritt zur Wohnung hindert, gelangt er mit Hilfe einer Durchsuchungsanordnung[121a] auch in die Wohnung; er kann wiederum vor Ort feststellen, ob die Partner in eheähnlicher Gemeinschaft leben. Ist der angetroffene Partner zwar aussagebereit, verneint er aber die Frage des Gerichtsvollziehers, ob er in eheähnlicher Gemeinschaft lebe, kommt es nicht darauf an, ob der Partner dem Gerichtsvollzieher den Zutritt zur Wohnung gestattet. Denn sowohl bei Verweigerung als auch bei Gestattung des Zutritts kann der Gerichtsvollzieher sich vor Ort überzeugen, ob die Partner in eheähnlicher Gemeinschaft leben (s. vorstehend). Diese Vorgehensweise ist die - wie in der Praxis zu erfahren war - gängige Methode, festzustellen, ob die Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben oder ob es sich um sonstige Wohngemeinschaften handelt.

Die "Klarheit", die durch die Eheschließung bewirkt wird, oder der Tatbestand der Ehe als "praktikables Erkennungszeichen" wird im Vergleich zu eheähnlichen Gemeinschaften entscheidend im Hinblick auf § 1362 I 2 BGB getrübt, nach dem beim Getrenntleben diese Vermutung nicht gelten soll. Da § 1567 I 2 BGB ein Getrenntleben auch in der ehelichen Wohnung zuläßt, stößt der GV zum einen auf das Problem, ob sie wirklich getrennt leben, zum andern, ob die zu pfändende Sache auch im Besitz des schuldenden oder des anderen Ehegatten steht.

Ein Blick auf die benachbarte österreichische Rechtsordnung[122] bestätigt die Irrelevanz

---

121a S. dazu Abschnitt C.

122 Vgl. dazu die Nachweise bei Schneider ÖJZ 1965, 174 ff, der auch die Standpunkte der Rechtslehre und Rechtsprechung darlegt und Piegler FamRZ 1955, 243 ff.

der auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit abstellenden Ansicht, die dem GV keine normative Entscheidung über das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft zumuten will. Denn in nicht weniger als 24 (!) Verordnungen, Gesetzen und Instruktionen sind dort eheähnliche Gemeinschaften mit Ehen gleichgestellt. Dabei sei darauf hingewiesen, daß bereits im Jahre 1910 (!) die Instruktion für Vollstreckungsorgane (P 63 Z. 3) die Vermutung bezüglich des Gewahrsams an körperlichen Sachen im Verhältnis zwischen Ehegatten auch auf Lebensgefährten ausgedehnt hatte (s.o. FN 66).[122a] Der Rechtssicherheit waren diese Rechtsnormen jedoch nicht abträglich, da es keine Hinweise darauf gibt, daß Bestrebungen im Gange wären, diese Gleichstellung wieder rückgängig zu machen.[123] Vielmehr wird die eheähnliche Gemeinschaft als familienrechtsähnliches Verhältnis anerkannt.[124]

Auch der Hinweis[125] auf das Fehlen des empirischen Nachweises der Vergleichbarkeit beider Situationen vermag nicht zu überzeugen. Letztendlich beruhen die Vorschrift des § 122 BSHG und die richterliche Interpretation dieser Vorschrift auf den Erfahrungen in der Praxis.

Weiterhin wird geltend gemacht, daß sich die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft bewußt gegen den Zugriff des Familienrechts entschieden hätten und dieser Entschluß zu respektieren sei[126] bzw. daß rechtsethische Gründe (!?) einer Analogie im Wege stünden.[127]

122a Allerdings fehlt eine dem § 1362 BGB entsprechende Vorschrift. Entscheidend ist jedoch, daß mit Hilfe dieser Vermutung der an sich der Pfändung entgegenstehende Mitgewahrsam überwunden wird.

123 Soweit ersichtlich nimmt dieser Problembereich in der österreichischen Literatur keinen breiten Raum ein.

124 Auch von der Rechtsprechung, vgl. Namgalies S. 83 ff.

125 AK-Finger § 1362 Rdn. 7.

126 S. FN 125

127 Müller, Heinzjörg, S. 43 FN 10.

Eheähnliche Gemeinschaften erfahren zwar durch Art. 2 I GG eine Tolerierung ihrer Existenz. Rechtsethische Gründe stehen somit einer Analogie nicht im Wege. Art. 6 I GG i.V.m. Art. 3 I GG fordert aber den besonderen Schutz der Ehe. Dieser greift bei den die Ehen benachteiligenden Vorschriften ein und bewirkt, daß bei erfüllten Voraussetzungen einer Analogie zu diesen Vorschriften eheähnlichen Gemeinschaften Ehen gleichgestellt werden.

Zudem überzeugt der Hinweis darauf, daß sich die Partner gegen den Zugriff des Familienrechts entschieden haben, vor dem Hintergrund der veränderten Schutzrichtung in §§ 1362, 739 ZPO nicht; da diese Vorschriften vom Gläubigerschutzgedanken geprägt sind, stellen sie keine typischen familienrechtlichen Regelungen dar (s.o.). Gegen die Anwendung der die Gläubiger schützenden Vorschriften der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft können sich aber die Partner eheähnlicher Gemeinschaften nicht wehren!

Auch rechtspolitische Gründe sollen der Zulässigkeit einer Analogie im Wege stehen. Bei genauer Betrachtung erfordert gerade die Rechtspolitik eine analoge Anwendung. Will man ein weiteres Anwachsen eheähnlicher Gemeinschaften - aus welchen Gründen auch immer - verhindern, ist es rechtspolitisch wünschenswert, die die Eheleute benachteiligenden Vorschriften auch auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften anzuwenden. Eine diesbezüglich rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers findet sich in § 122 BSHG wieder, der verhindern will, daß ehe-

ähnliche Gemeinschaften besser als Ehen stehen.[128]

Ebensowenig vermag das Argument zu überzeugen, daß eine Ausdehnung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Gestaltungsfreiheit eingreife.[129] Denn zum einen sind nach § 137 GVG auch die Gerichte zur Fortbildung des Rechts befugt. Zum anderen bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit Regelungen zu schaffen. In der Zwischenzeit ist jedoch die analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO unerläßlich, da andernfalls die Zwangsvollstreckung gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft im Gegensatz zu Ehegatten in der Praxis für den GV undurchführbar wäre. Zieht man die mögliche Analogie in Betracht, verliert auch der Hinweis an Bedeutung, daß in die Rechtssphäre des nichtschuldenden Partners ohne gesetzliche Grundlage eingegriffen würde.[130] Denn die Analogie basiert auf der gesetzlichen Grundlage der §§ 1362 BGB, 739 ZPO.

Schließlich kann auch der Meinung[131] nicht gefolgt werden, die den Vorwurf der Willkür gegen eine Analogie erhebt, da diese auf ähnliche Gemeinschaften, wie z.B. zusammenlebende Ge-

---

128 Diese Tendenz des Gesetzgebers hat wohl Brox FamRZ 1981, 1128 übersehen, da er es der rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers überlassen will, ob dieser die Regelung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften anwendet.

129 S. FN 128

130 Baur/Stürner Rdn. 288.

131 De Witt/Huffmann S. 51 FN 54a; Noack JurBüro 1980, 649 FN 4 unter Berufung auf OLG Köln DGVZ 1976, 153 und LG Berlin DGVZ 1976, 26,bei dem es um Verwandte ging.

schwister oder gleichgeschlechtliche Gemeinschaften, nicht anzuwenden sei. Zunächst ist mit dem Bundesverwaltungsgericht[132] festzustellen, "daß eheähnliche Gemeinschaften in weit stärkerem Maße eine typische Erscheinung des sozialen Lebens sind als etwa Haushaltsgemeinschaften von Geschwistern oder von befreundeten Personen gleichen Geschlechts". Auch sind solche andere Haushaltsgemeinschaften mit eheähnlichen Gemeinschaften oder Ehen nicht vergleichbar, da sie sich in mehreren Punkten unterscheiden.[133] So leben sie kaum in enger Wirtschaftsgemeinschaft und wirtschaften wohl nicht in größerem Umfang aus "einem Topf"[134]; gemeinsamen Anschaffungen sind ebensowenig die Regel; darüber hinaus benutzen diese Personengruppen überwiegend allein die ihnen gehörenden beweglichen Sachen. Die Vermischung ihrer beweglichen Habe wird dadurch in Grenzen gehalten, daß die (erwachsenen) Geschwister in eigenen Räumen wohnen, die ausschließlich von ihnen benutzt werden. Gemeinsame Räumlichkeiten stellen nur die für eine Wohnung unentbehrlichen Einrichtungen dar, z.B. Küche, Flur, Bad, etc. Damit besteht für diese Personengruppe die Gefahr der Verschleierung ihrer Rechtsverhältnisse nicht in dem Maße wie bei eheähnlichen Gemeinschaften; sie teilen eben nicht vollständig "Tisch und Bett". Vor allem aber unterscheiden sie sich von der Anlage her. Eheähnliche Gemeinschaften sind nach ihrer Definition zwar unverbindlich, aber auf Dauer angelegt. Das Zusammenleben von Geschwistern erfolgt im Normalfall nur solange, bis ein Partner "gefunden wird". Diese Unterschiede

---

132 BVerwG MDR 1977, 869.

133 So richtig Brox FamRZ 1981, 1128; vgl. dazu auch die Definitionen o. IA 1), IB

134 Dies schließt jedoch nicht aus, daß sie den elementaren Lebensbedarf gemeinsam bestreiten. Doch handelt es sich dabei um "kleinere Beträge", die eine Wirtschaftsgemeinschaft nicht rechtfertigen.

resultieren wiederum aus der unterschiedlichen Struktur der Mann-Frau Zweier-Beziehungen und dem Zusammenleben mit mehreren Personen. Die intensiveren Zweier-Beziehungen bringen automatisch ein "Teilen in allen Bereichen" mit sich.[134a]

Somit überzeugen alle gegen die hier vertretene Ansicht vorgebrachten Argumente nicht.[135]

Eine analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO ist daher gerechtfertigt.

Dieses Ergebnis stimmt mit der Vorgehensweise der Praxis überein. Wie zu erfahren war, erfolgt die Pfändung gegen die Partner eheähnlicher Gemeinscha de facto wie gegen Eheleute. Der entscheidende Vor teil dieser Vorgehensweise lag darin, daß die gepfändete Sache verstrickt, den Partnern somit eine Weiterveräußerung untersagt ist und der Gläubiger dadurch taktische Vorteile erreicht; die Partner werden in die Offensive gedrängt und aufgerufen, ihre Eigentumsverhältnisse an den gepfändeten Sach offenzulegen. Der Gläubiger wird dadurch in die La versetzt, eventuell bestehende Herausgabeansprüche pfänden zu können oder aber die Sache bei entsprechendem Nachweis durch die Partner freizugeben. Klagen nach § 771 ZPO blieben dennoch die Ausnahme. M.E. kommt die hier vertretene Ansicht der Praxis am nächsten und deckt sich mit den Bedürfnissen der Praxis, die Zwangsvollstreckung für den Gerichtsvollzieher so praktikabel wie mögl durchzuführen.

134a Zu den Möglichkeiten, wie der Gerichtsvollzieher Unterschiede zwischen eheähnlichen Gemeinschaften und sonstigen Wohngemeinschaften feststellen kann s.o. S. 63 f

135 Ohne nähere Begründung lehnen eine Analogie ab: Thomas/Putzo § 739 Anm 2c); Zöller/Stöber § 739 Rdn. 13; Rogalski AnwBl 1983, 363; s. auch schon Carl (1920!) S. 75.

Die analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO bietet ein Beispiel dafür, daß eine generelle Anwendung eherechtlicher Vorschriften, die Eheleute benachteiligen, - auf Grund der Art. 6 I, 3 I GG - weder generell möglich noch von vornherein ausgeschlossen ist. Vielmehr folgt aus der Prüfung der Analogie, ob im Einzelfall eine Norm zwingend die formgerechte Eheschließung voraussetzt oder den besonderen Erfordernissen einer engen Lebensgemeinschaft Rechnung tragen will;[136] in dem zuletzt genannten Fall kann die analoge Anwendung - wie hier - erwogen werden.[136a]

---

136 So richtig Battes S. 23; Müller-Freienfels Zfev Ethik 24 (1980), 72.

136a Vgl. dazu auch den Fall OLG Oldenburg NJW 1986, 2259; es wird die Analogie zu § 1359 BGB damit begründet, daß der Zweck dieser Norm auch auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft passe. Das für die Anwendung des § 1359 BGB maßgebliche persönliche Vertrauensverhältnis sei gerade ein maßgeblicher Grund für die Begründung und Aufrechterhaltung einer Lebensgemeinschaft. Auch hier wird deutlich, daß § 1359 BGB den Erfordernissen einer engen Lebensgemeinschaft Rechnung tragen will.

2. Fallgruppe: Die Vollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO gegen die einzelnen Mitglieder von Wohngemeinschaften

Will der Gläubiger in das bewegliche Vermögen eines in einer Wohngemeinschaft lebenden Schuldners vollstrecken, läuft er Gefahr, den Gewahrsam eines Mitbewohners zu verletzen, da dem GV die Gewahrsamsverhältnisse in einer Wohngemeinschaft in der Regel unbekannt sind. Die Mitglieder einer Wohngemeinschaft teilen aber weder in demselben Umfang wie die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft "Bett und Tisch" noch wirtschaften sie "aus einem Topf" Dadurch unterscheidet sich die in der Regel befristete Wohngemeinschaft von auf Dauer angelegten eheähnlichen Gemeinschaften bzw. Ehen. Daher kann den Mitgliedern einer Wohngemeinschaft nicht pauschal Mitgewahrsam an der Wohnung und an den in ihr befindlichen beweglichen Sachen zugesprochen werden.

1) Gewahrsamsverhältnisse in einer Wohngemeinschaft

In der Mehrzahl der Fälle gestaltet sich eine Wohngemeinschaft derart, daß jedem Mitglied ein Zimmer zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch und Nutzung überlassen wird. In diesem Raum befinden sich die persönlichen Einrichtungsgegenstände. Diese Haushaltssphäre steht im Alleingewahrsam des jeweiligen Raumnutzers; dieser hat sowohl am Raum als auch an seinem Inhalt Gewahrsam.[137]

Daneben benutzen jedoch die Mitglieder die Küche, den Flur, das Bad oder u.U. ein Wohnzimmer gemeinsam mit. An diesen Räumlichkeiten hat jedes Mit-

137 Ausgenommen bleiben die Fälle, in denen fremde bewegliche Sachen in einen Raum untergestellt werden, z.B. Sachen des Untermieters sind aus Platzgründen in einen hauptsächlich von dem Untervermieter benutzten Raum untergestellt. Raum- und Sachgewahrsam decken sich dann nicht, vgl. etwa St/J/Münzberg § 808 Rdn. 8; Zöller/Stöber § 808 Rdn. 4.

glied Mitgewahrsam.[138] Die sich in diesem Räumlichkeiten befindlichen beweglichen Sachen stehen aber nicht ohne weiteres im Mitgewahrsam der Wohngemeinschaftsmitglieder, denn ihr bloßes gemeinsame Benutzen allein begründet noch nicht Mitgewahrsam.[139] Von dem Mitgewahrsam am Raum kann nicht auf den Mitgewahrsam der sich darin befindlichen beweglichen Sachen geschlossen werden, da Raumgewahrsam nicht gleich Sachgewahrsam ist.[140] Vielmehr behält jedes Mitglied an den ihm gehörigen Sachen grundsätzlich Alleingewahrsam.[141]

Diese Gewahrsamsverhältnisse gelten unabhängig von der mietrechtlichen Ausgestaltung einer Wohngemeinschaft. Sind alle Mitglieder Hauptmieter, verstehen sich vorstehende Ausführungen von selbst. Tritt hingegen nur ein Mitglied als Hauptmieter auf mit der ausdrücklichen Erlaubnis des Vermieters zur Eingehung einer Wohngemeinschaft, liegt der Fall nicht anders. Denn das mietende Mitglied vermietet die einzelnen Zimmer zur ausschließlichen Nutzung, die besagten Räumlichkeiten zur gemeinsamen Nutzung weiter.[142]

2) Die Unbeachtlichkeit des Mitgewahrsams einzelner Mitglieder nach § 855 BGB analog

Bei den so festgelegten Gewahrsamsverhältnissen

---

138 Noack KKZ 1975, 203; vgl. zu den Auswirkungen auf die Räumungsvollstreckung Abschnitt B 4).

139 St/J/Münzberg § 808 Rdn. 17; Röhl S. 39.

140 Kabisch DGVZ 1963, 19.

141 Noack JurBüro 1976, 1150 und KKZ 1975, 203; für ihn soll entscheidend sein, "wem eine Sache gehört"; Reinicke DB 1965, 962.

142 Die aufgenommenen Mitglieder sind aber keine Untermieter. Denn § 549 II BGB findet keine Anwendung, wenn zwischen Anmietung und Aufnahme Dritter ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht, vgl. BGH NJW 1985, 132; s. u. Abschnitt B 3).

scheint der GV ohne Probleme gem. §§ 808, 809 ZPO in die beweglichen Sachen vollstrecken zu können. Doch dieser Schein trügt.

Unproblematisch verläuft die Vollstreckung nur in diejenigen Sachen, die sich in dem vom schuldenden Mitglied ausschließlich benutzten Raum befinden. Da das schuldende Mitglied sowohl am Raum als auch an seinem Inhalt Alleingewahrsam hat, steht Mitgewahrsam eines Dritten gem. § 809 ZPO der Pfändung nicht entgegen.

Will dagegen der GV in die in den gemeinsam benutzten Räumlichkeiten befindlichen Sachen vollstrecken, stößt er auf folgende Schwierigkeiten:

Zwar behält jedes Mitglied an den ihm gehörigen Sachen grundsätzlich Alleingewahrsam; man denke etwa an persönliche Gegenstände, die ein Mitglied infolge Platzmangels im gemeinsamen Wohnzimmer untergebracht hat. Doch befinden sich in der Regel in den gemeinsamen Räumlichkeiten auch nur einem Mitglied gehörige bewegliche Sachen, die dem Gebrauch aller Mitglieder überlassen werden, wie z.B. eine Stereo- oder Videoanlage. Der Grundsatz des Alleingewahrsams wird bei diesen Sachen durchbrochen. Denn der Gewahrsam daran wird für die zeitlich befristete Dauer des Zusammenlebens aus Gefälligkeit überlassen.[143]

---

143 Auch hier stellt sich wiederum das Problem rechtlicher Vereinbarungen unter zusammenlebenden Personen. Zwar dürften Wohngemeinschaften nicht wie eheähnliche Gemeinschaften durch innere Beziehungen getragen sein. Doch lassen sich auch hier bezüglich der Ausgestaltung des Zusammenlebens in der Regel kaum rechtliche Vereinbarungen finden, da sich die Mitglieder über die gemeinsame Mitbenutzung keine Gedanken machen und somit der Rechtsbindungswille fehlt. Nicht ausgeschlossen wird dadurch eine Wohngemeinschaft mit konkreten rechtlichen Ausgestaltungen bezüglich der Mitbenutzung gemeinsamer Sachen. Für diese ist aber

Gewahrsam wird als unmittelbarer Besitz im Sinne des BGB verstanden.[144] Unmittelbarer Besitz wiederum wird gem. § 854 I BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Von dieser Definition ausgehend könnte man vorschnell zu dem Schluß gelangen, daß der Inhaber des aus Gefälligkeit überlassenen Gewahrsams Mitbesitzer sei und die Vollstreckung in die dem schuldenden Mitglied gehörenden, aber den anderen Mitgliedern überlassenen Sachen verhindern könne.

Nicht jeder Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft ist aber Besitzer. Denn derjenige, der weisungsabhängig die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen ausübt, wird vom Gesetz in § 855 BGB als Besitzdiener angesehen. Da dieser keinen eigenen Gewahrsam hat, kann er die Vollstreckung nicht gem. § 809 ZPO verhindern.

Das Mitglied der Wohngemeinschaft, dem der Gewahrsam aus Gefälligkeit überlassen wurde, als Besitzdiener zu qualifizieren, scheitert an der fehlenden sozialen Abhängigkeit. Zwar hat es mit der ihm

---

der hierzu entwickelten Lösungsansatz unbrauchbar. Der auf Grund vertraglicher Abmachungen eingeräumte Mitgewahrsam (§ 809 ZPO) ist vielmehr - bei fehlender Herausgabebereitschaft - nur dadurch zu überwinden, daß sich der Gläubiger den Herausgabeanspruch (z.B. nach § 604 BGB) des schuldenden Mitglieds gegen die Mitbenutzer pfänden und sich überweisen läßt (§§ 846, 847 ZPO). Eine analoge Anwendung des § 739 ZPO scheidet - wie oben aufgeführt - aus. Andere Möglichkeiten zur Überwindung des Mitgewahrsams bestehen nicht.

144 S. oben.

überlassenen Sache pfleglich und schonend umzugehen. Doch rechtfertigt dies keine soziale Abhängigkeit; es stellt vielmehr den in der Gesellschaft üblichen rücksichtsvollen Umgang dar.

Das Merkmal der Abhängigkeit erfährt aber eine Erweiterung in den Fällen der Gewahrsamsüberlassung aus Gefälligkeit.[145] Von Weisungsunterworfenheit kann nicht die Rede sein, aber die "Kontinuitätsinteressen des Erlaubenden" gehen vor,[146] weil rein gesellschaftliche Beziehungen keine rechtlich gesicherte Positionen vermitteln. Neben dem Kontakt zur Sache ist im Hinblick auf § 860 BGB eine "Loyalität des Gefälligkeitsnutzers"[147] gegenüber dem Erlaubenden erforderlich. Liegen diese Voraussetzungen vor, sind diese Fälle der Gewahrsamsüberlassung aus Gefälligkeit analog § 855 BGB zu behandeln.[148]

Daß die Mitglieder einer Wohngemeinschaft bezüglich einer gemeinsam benutzten Sache nicht weisungsunterworfen sind, wurde schon oben ausgeführt. Da der Gewahrsam aus Gefälligkeit überlassen wurde, bestehen keine rechtlich gesicherten Positionen.[149] Vielmehr wird denjenigen Mitgliedern, denen die Sache nicht gehört, die tatsächliche Gewalt an dieser fremden Sache von dem Eigentümer-

---

145 Staudinger/Bund § 855 Rdn. 26.

146 Heck (Sachenrecht) § 7 Anm. 8 ("prekaristischer Besitz").

147 Diese Loyalität kommt einer "disziplinären" Abhängigkeit nahe. Vgl. nur Noack KKZ 1975, 204. Dagegen kann die Fremdnützigkeit nicht als ausreichende Voraussetzung angesehen werden, da der Sachinhaber bei fehlender Abhängigkeit Besitzmittler (GoA) sein wird. Es geht aber nicht an, jede Person, die in Kontakt mit fremden Sachen kommt, nach vorgegebener Lösung zu behandeln; s. zu diesem Problembereich Staudinger/Bund § 855 Rdn. 26.

148 Jede Analogie lehnen ab ohne Begründung: Münchner Kommentar/Haase § 860 Rdn. 4; RGRK/Kregel § 860.

149 Dies folgt daraus, daß die Mitglieder im Innenverhältnis keine rechtlichen Vereinbarungen getroffen haben, siehe dazu schon FN 142.

mitglied unentgeltlich auf Widerruf überlassen.[150] Aus diesen Gründen muß das "Kontinuitätsinteresses des Erlaubenden" vorgehen. Da die Wohngemeinschaftsmitglieder untereinander Vertrauen entgegenbringen, das die Mitbenutzung auch wertvoller Gegenständen gewährleistet, verhalten sie sich loyal gegenüber dem Erlaubenden. Denn im Bewußtsein der ihnen erwiesenen Gefälligkeit und des jederzeitigen Widerrufs haben sie im Interesse des Eigentümers schonend mit den ihnen anvertrauten fremden Sachen umzugehen.

Dieser Lösung könnten aber die für eine analoge Anwendung des § 855 BGB angeführten Beispielsfälle entgegenstehen. So wird dem Mitreisenden das Kursbuch, dem privaten Gast das Bett, das Klavier, etc. aus Gefälligkeit überlassen.[151] Diese Beispiele legen den Schluß nahe, daß es sich nur um Fälle handelt, die von kurzer Dauer sind. Doch kann man keine exakte Zeitbestimmung vornehmen. So wird der Reisende das Kursbuch wesentlich kürzer in Anspruch nehmen als der private Gast das Bett. Andererseits sind aber Wohngemeinschaften nicht - wie eheähnliche Gemeinschaften - auf Dauer angelegt, sondern zeitlich befristet. Je mehr Mitglieder eine Wohngemeinschaft hat, desto häufiger wechselt der Bestand! Daher kann auch die zeitliche Befristung nicht genau bestimmt werden. Im Einzelfall ergeben sich sogar Überschneidungen mit den Beispielsfällen. Es fragt sich, ob man die Gewahrsamsüberlassung bei Wohngemeinschaften dennoch unter § 855 BGB analog erfassen kann. Dafür ist auf Sinn und Zweck des § 855 BGB zurückzugreifen.

---

150 So die Definition des prekaristischen Besitzes bei Röhl S. 14 FN 5; vgl. im übrigen dieselbe Problematik bei Aufnahme des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft in Abschnitt B 2).

151 Beispiele bei Heck (Sachenrecht) § 7 Anm. 8.

Dem § 855 BGB liegt der Gedanke zugrunde, daß der unmittelbare Besitzer im Verhältnis zum Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die nähere Sachbeziehung hat.[152] Sowohl in den Beispielsfällen als auch in dem vorliegenden Fall begibt sich der Erlaubende nicht seines Alleingewahrsams an den in dem Raum befindlichen eigenen Sachen, wenn er andere lediglich am Gebrauch der Sachen teilnehmen läßt.[153] Vielmehr vollzieht sich der Gebrauch in der Regel unter der Leitung des Erlaubenden.[154] Die vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt beendigt den Besitz nicht, § 856 II BGB. So behält der Gastgeber weiterhin am Bett, der Erlaubende in der Zeit, in der der Gefälligkeitsnutzer die Sache gebraucht, an der eigenen Sache Besitz. Entscheidend ist, daß der Erlaubende und der Gastgeber die nähere Sachbeziehung haben. Denn diese überdauert den Gebrauch durch andere, sie ist auf Dauer bis zur Aufgabe der Sache angelegt. Der Erlaubende ist "näher daran".

Das durch die zeitlich befristete Gewahrsamsüberlassung eingegrenztes Merkmal der Dauer steht daher einer analogen Anwendung des § 855 BGB nicht entgegen.

Für die entsprechende Anwendung ist nicht das Zeitmoment das wesentliche und alleinentscheidende Merkmal, sondern die Kontinuitätsinteressen, die nähere Sachbeziehung des Erlaubenden, und die Loyalität der Gefälligkeitsnutzer.[155] Daran scheitert aber der Versuch, jede Person, die in Kontakt mit fremden Sachen kommt, analog § 855 BGB zu behandeln, da die Rechtsfolge des Dienergewahrsams von der in § 855

152 Münchner Kommentar/Haase § 855 Rdn. 1.
153 Noack KKZ 1975, 203.
154 Ähnlich BGH NJW 1955, 1066.
155 Noack FN 153, 204.

vorausgesetzten Interessenlage losgelöst würde.

Die Vollstreckung gegen das schuldende Mitglied einer Wohngemeinschaft und in die ihm gehörenden beweglichen Sachen, die er gefälligkeitshalber den anderen Mitbewohnern überlassen hat, erfolgt entsprechend der Zwangsvollstreckung gegen Besitzdiener. Da dieser keinen eigenen Gewahrsam hat, ist es für den Gläubiger genügend und ausreichend, mit dem gegen den Besitzherrn lautenden Titel gegen den Besitzdiener zu vollstrecken. Entsprechend kann der Gläubiger mit einem gegen das schuldende Wohngemeinschaftsmitglied lautenden Titel in die den anderen Mitgliedern aus Gefälligkeit überlassenen beweglichen Sachen vollstrecken. Der Herrschaftsbereich des schuldenden Mitglieds ist in persönlicher Hinsicht dem GV gegenüber auf die übrigen Mitglieder erweitert.[156]

Stehen den Gefälligkeitsnutzern im Einzelfall besondere Rechte an der zu pfändenden Sache zu, wird ihnen ihre Geltendmachung gem. § 771 ZPO ermöglicht.[157]

Schutzwürdige Interessen der mitbenutzenden Mitglieder stehen dieser Lösung nicht entgegen. Im Gegensatz zu eheähnlichen Gemeinschaften erlangen die Mitbewohner nicht eine so enge Beziehung zueinander wie die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft. Daraus resultiert wiederum die nähere Sachbeziehung des Erlaubenden. Die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft sind dagegen beide gleich "nah daran".

---

156 So richtig Noack JurBüro 1976, 1148. Daher ist es falsch zu behaupten, der Besitzdiener habe keinen Gewahrsam, so aber St/J/Münzberg § 808 Rdn. 7.

157 Im Normalfall bestehen solche Rechte nicht, da die Mitbenutzung nur aus dem zufälligen und unverbindlichen Zusammenleben resultiert.

B. Die Räumungsvollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO

Die Gemeinsamkeit der Räumungsvollstreckung mit der soeben behandelten Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen wegen Geldforderungen besteht darin, daß es bei beiden wesentlich auf Besitz und Gewahrsam des Schuldners ankommt.

Die zwangsweise Räumung nimmt nach § 885 I ZPO der GV vor: er hat den Schuldner aus dem Besitz zu setzen; dies bedeutet, daß die Vollstreckung den unmittelbaren Besitz im Sinne des § 854 BGB zu überwinden hat.[1] Drittgewahrsam an der herauszugebenden Sache findet gem. § 886 ZPO Beachtung.[2] Dabei deckt sich der Begriff des Gewahrsams im Sinne des § 886 ZPO mit dem in §§ 808, 809 ZPO; er wird als tatsächliche Gewalt über eine Sache definiert,[3] d.h. als Besitz des BGB unter Ausschluß des mittelbaren Besitzes.[4] Den Begriffen Besitz und Gewahrsam im Sinne der §§ 885 I, 886 ZPO kommt wiederum keine unterschiedliche Bedeutung zu. Der Räumungstitel nach § 750 ZPO bezeichnet regelmäßig den herausgabepflichtigen Schuldner. Daher hat der GV grundsätzlich nur denjenigen unmittelbaren Besitzer aus dem Besitz zu setzen, der im Titel bezeichnet ist.

1. Fallgruppe: Die Räumungsvollstreckung gegen die Partner eheähnlicher Gemeinschaften

Für den Fall einer zwangsweisen Räumung der ehelichen Mietwohnung herrscht in Literatur und Recht-

---

1 Wieczorek, § 885 A III a 1.
2 Jedoch nur dann, wenn der Dritte nicht freiwillig zur Herausgabe bereit ist. Dies soll im folgenden immer der Fall sein.
3 Vgl. die Ausführungen oben Abschnitt III A 1).
4 Baur § 7 B II 2 c; ausführlich Röhl S. 6 ff (historische Entwicklung).

sprechung[5] Streit, ob ein Räumungstitel gegen einen Ehegatten zur Vollstreckung auch gegen den anderen ausreicht[6] oder gemäß der allgemeinen Regelung nach § 750 ZPO ein Räumungstitel gegen beide Ehegatten erforderlich ist.

Da sich nach der hier vorgegebenen Definition[7] eheähnliche Gemeinschaften zwar durch die fehlende Eheschließung nach § 11 EheG von den Ehen unterscheiden, nicht jedoch in tatsächlicher, insbesondere besitzrechtlicher Hinsicht, empfiehlt sich eine Anknüpfung an die Problemlösung bei Ehen. Ein Blick auf die wenigen, zu einer Räumungsvollstreckung gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ergangenen Entscheidungen[8] untermauert dieses Vorgehen, da die Gerichte von "gleichgelagerten Sachverhalten"[9] ausgehen.

Im folgenden werden die Argumente für die eine oder andere Ansicht auf ihre Tauglichkeit zur Übertragung auf eheähnliche Gemeinschaften untersucht.

Der Streit um das Titelerfordernis nach § 750 ZPO wird unterschiedlich danach behandelt, ob nur ein oder beide Ehegatten (Partner der eheähnlichen

---

5 Zu den Nachweisen siehe später.

6 Dies würde zu einer "Vollstreckung ohne Titel" führen, Bezeichnung bei E. Peters, ZZP 91 (1978), 341.

7 S. oben Abschnitt I A 1).

8 Zwei Titel fordern: AG Darmstadt DGVZ 1980, 91 (für eine eheähnliche Gemeinschaft, die sich "faktisch als ein der Ehe ähnliches Verhältnis darstellt"); SchlHOLG SchlHA 1949, 370 (betraf den Fall zweier erwachsener Söhne). Dagegen soll ein Titel genügen nach: AG Stuttgart DGVZ 1983, 190 und LG Darmstadt DGVZ 1980, 110 f, beide für eheähnliche Gemeinschaften. Das LG Darmstadt führt ausdrücklich an, daß die zwischen Ehegatten und Partnern eheähnlicher Gemeinschaften gegebene "tatsächliche Gleichheit" eine "rechtliche Gleichbehandlung" gebiete.

9 Vgl. LG Darmstadt DGVZ 1980, 110.

Gemeinschaft) Vertragspartei des Vermieters sind.[10] Nachfolgend soll an dieser Unterscheidung festgehalten werden, da sie die in der Praxis überwiegend anzutreffenden Fallgestaltungen widerspiegelt. Entweder schließen beide Partner mit dem Vermieter einen Mietvertrag oder der vertragsschließende Partner nimmt den anderen in seine bereits angemietete Wohnung auf.

1) Beide Partner als Vertragspartner des Vermieters

Besteht die eheähnliche Gemeinschaft bereits bei Anmietung der Wohnung, schließt der Vermieter in der Regel[11] den Mietvertrag mit beiden Partnern ab; denn der gemeinsame Vertragsschluß bringt beiden Vertragsparteien wesentliche Vorteile: Der Vermieter kann seine Mietforderungen gegen beide Partner als Gesamtschuldner geltend machen, sein Vermieterpfandrecht besteht grundsätzlich an allen eingebrachten Sachen. Der Vorteil des gemeinschaftlichen Vertragsschlusses beider Partner besteht in einer rechtlich abgesicherten Position sowohl gegenüber dem Vermieter als auch gegenüber dem anderen Partner; so finden Mieterschutzvorschriften auf beide Partner Anwendung, und das Hausrecht steht beiden zu.[12]

Die Räumung der von beiden Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft gemieteten Wohnung wird

---

10 Vgl. dazu nur aus der zahlreichen Literatur, Entscheidungen und Kommentare: Müller, Heinz-Jörg, S. 48 ff; OLG Köln, NJW 1954, 1895; LG Schweinfurt DGVZ 1960, 93; AG Berlin-Spandau DGVZ 1964, 44; St/J/Münzberg § 885 I.

11 Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß nur ein Partner den Mietvertrag mit dem Vermieter abschließt und dieser die Mitbenutzung der Wohnung durch den anderen duldet. Da diese Fallgestaltung jedoch in der Praxis nicht die Regel sein wird, soll erst am Ende des Kapitels darauf kurz eingegangen werden.

12 S. dazu ausführlich De Witt/Huffmann, Rndr. 101 f; die wenigen Nach-

durch den GV nach § 885 I ZPO vollstreckt; dabei hat er den unmittelbaren Besitz i.S.d. § 854 BGB zu überwinden,[13] d.h. es kommt entscheidend auf die tatsächliche Herrschaft über die Sache, hier über die Wohnung, an. Es bedarf daher einer Klärung der Besitzverhältnisse an der gemeinsam gemieteten Wohnung.

a) Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung

Die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft könnten Besitz an der gemeinsamen Wohnung durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gem. § 854 I BGB erwerben. Mit Übergabe der Wohnungsschlüssel an die mietenden Partner gibt der Vermieter den unmittelbaren Besitz an den vermieteten Räumen auf[14] und räumt ihn den Partnern ein.[15] Die Partner sind daher Mitbesitzer der Wohnung.[16] Ohne Belang ist dabei, ob die Partner auch gemeinsamen Gewahrsam an der gesamten, in den Räumen befindlichen Fahrnis haben; denn der Gewahrsam

---

teile lassen sich meist durch vertragliche Absprachen beheben, so z.B. bei Trennung der Partner, wenn der eine Partner die Kündigungserklärung abgibt.

13 Vgl. im übrigen die Ausführungen oben S. 77; Wieczorek § 885 A III a1; Baur § 7 B II 2 c und ausführlich Röhl, S. 6 ff.

14 Dabei sind sich in der Regel Vermieter und Mieter darüber einig, daß ein beim Vermieter verbleibender Schlüssel nur im Notfall zum Betreten der Wohnung berechtigt (z.B. Krankheit, Urlaub oder dgl.).

15 Münchner Kommentar/Haase, § 854 Rdn. 15; dabei wird die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch die Übergabe der Wohnungsschlüssel ersetzt.

16 Dies ist völlig unbestritten; vgl. etwa nur OLG Köln NJW 1954, 1895. Abweichend davon will OLG Frankfurt JR 1970, 104 unter Berufung auf Pohle MDR 1955, 5 (ähnlich Schmidt-Futterer MDR 1962, 700) einer Ehefrau, die den Mietvertrag "nur mitunterzeichnet hat", selbständige Herrschaft über die Mietsache absprechen. Die Bedeutung der Mitunterschrift soll in der Regel auch darin liegen, "daß die Ehefrau sich verpflichtet, auch für die Einhaltung der Vertragspflichten zu sorgen". Doch wie soll die bloße Mitunterzeichnung des Mietvertrags und der Fall der selbständigen Beteiligung am Mitverhältnis eindeutig unterschieden werden können? Zu weiteren dogmatischen Ungereimtheiten s. später.

am Raum und der an seinem Inhalt brauchen sich nicht zu decken.[17] Der Mitbesitz an der gemeinsam gemieteten Wohnung besteht bis zum Zeitpunkt der Räumungsvollstreckung fort. Da der Besitz durch die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt über die Wohnung beendet wird (§ 856 I BGB), vermag weder die erfolgreiche Mietaufhebung noch die erfolgreiche Räumungsklage nach den §§ 556 I, 985 BGB den Partnern den Besitz an der Wohnung zu entziehen. Dem Vermieter steht nur die Möglichkeit offen, aus dem der Räumungsklage stattgebende Urteil die Vollstreckung zu betreiben. Erst der GV beendet den Besitz der räumungspflichtigen Partner (§ 750 I ZPO) an der Wohnung, indem er die Wohnung an den Gläubiger übergibt. Die Wohnungsübergabe erfolgt i.d.R. wiederum durch Übergabe der Schlüssel an den Vermieter (=Gläubiger).[18]

b) Ein Partner als Besitzdiener?

Ein Räumungstitel gegen einen Partner könnte zur Räumungsvollstreckung auch gegen den anderen Partner ausreichend sein, wenn letzterer als Besitzdiener i.S.d. § 855 BGB angesehen werden könnte, der weder Besitz noch Eigengewahrsam hat.[19] Dem steht aber zum einen die gemeinsame Einräumung des Mitbesitzes (§§ 854, 866 BGB) durch den Vermieter

17 St/J/Münzberg § 808 II 3 Rdnr. 12; vgl. auch Kabisch DGVZ 1963, 19 ("Raumgewahrsam ist nicht gleich Sachgewahrsam"); Pohle MDR 1955,5.

18 Vgl. LG Nürnberg-Fürth DGVZ 1981, 12; Wieczorek, § 885 A IV a 4 ff zu Art und Weise der Besitzentsetzung; bewegliche Sachen werden nach § 885 II ZPO weggestellt bzw. bei Anwesenheit des Schuldners ihm übergeben; zum Rechtsverhältnis zwischen Kündigung und Räumung: Schmidt-Futterer BlGWB 1972, 64 ff.

19 Stellvertretend für alle Thomas/Putzo § 808, Anm. 2a.

entgegen (s.o.); zum anderen wird der andere, mitmietende Partner den sich auf die Wohnung beziehenden Weisungen des einen Partners nicht Folge zu leisten haben: Da beide Partner als Mietvertragsparteien dieselben Rechte und Pflichten innehaben, läßt sich eine Weisungsgebundenheit nicht begründen.

Die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft haben somit Mitbesitz an der gemeinsam gemieteten Wohnung. Sowohl das Mietaufhebungsbegehren als auch die Räumungsklage nach den §§ 556 I, 985 BGB hat der Vermieter gegen beide Partner zu richten. Die zwangsweise Räumung der von den Partnern einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft gemeinsam gemieteten Wohnung bedarf eines Titels gegen beide Partner (§§ 750, 885 I ZPO).

Dieses Ergebnis ist unbestritten. Abweichend von der hier vertretenen Auffassung wird es überwiegend damit begründet, daß beiden Partnern ein selbständiges vertragliches Recht zum Mitbesitz an den Wohnräumen zusteht.[20] Auf die sich dahinter verbergende dogmatische Vermengung von Besitz und Recht zum Besitz ist sogleich unter 2) einzugehen.

2) Ein Partner als Vertragspartner des Vermieters bei nachträglicher Aufnahme des anderen Partners

Dieser Fallgestaltung kommt in der Praxis große Bedeutung zu. In der überwiegenden Zahl der Fälle beginnt die eheähnliche Gemeinschaft mit

---

20 So ausdrücklich (für Ehegatten): AG Berlin-Spandau DGVZ 1964, 44 ("eigene Vertragsrechte") und andere, die darauf abstellen wollen,

dem Einzug eines Partners beim anderen in dessen bereits angemietete Wohnung.[21] Tritt der aufgenommene Partner als Mitmieter in den bestehenden Vertrag ein, erlangt er nach allgemeiner Ansicht unmittelbaren Mitbesitz an der Wohnung. Zur zwangsweisen Räumung bedarf der Vermieter eines Räumungstitels gegen beide Partner gem. §§ 750, 885 I ZPO (vgl. oben 1).

Bleibt dagegen der aufnehmende Partner weiterhin allein Mieter der nunmehr gemeinsamen Wohnung, besteht zum einen Streit darüber, ob der aufgenommene Partner als Besitzdiener oder unmittelbarer Mitbesitzer anzusehen ist, zum anderen, ob die zwangsweise Räumung auch gegen den in die Wohnung aufgenommenen Partner einen Titel nach § 750 ZPO erfordert oder ein Titel gegen den vertragsschließenden Partner ausreicht. Es empfiehlt sich wiederum - aus obengenannten Gründen -, an die Problemlösung bei Ehegatten anzuknüpfen. Die h.M.[22] hält einen Räumungstitel gem. § 750 ZPO gegen den mietenden Ehegatten

---

wer den Mietvertrag unterzeichnet hat: St/J/Münzberg § 885 I; Zöller/Stöber § 885 Rdnr. 5; Wieczorek § 885 A III a 3; AG Hannover DGVZ 1973, 159; Schmidt-Futterer MDR 1962, 700 sub 1a; Firsching NJW 1955, 1173; Gitter S. 8; Mohrbutter § 19 III 3a. Die von Müller, Heinz-Jörg S. 49 in FN 127 angeführten Zitate können nicht der Meinung zugeordnet werden, die auf ein selbständiges Recht zum Mitbesitz abstellt: Pohle MDR 1955, 5 führt selbst an, daß das Recht zum Besitz nicht von dem Besitz abhängt; das LG Stuttgart 1953, 989 stützt seine Ansicht auf § 854 BGB, von einem Recht zum Besitz ist nicht die Rede; schließlich stellt das OLG Köln NJW 1954, 1835 entscheidend auf den Besitz ab: bei gemeinsamer Unterzeichnung werde beiden Partnern der Besitz vom Vermieter (=Gläubiger der Zwangsvollstreckung) eingeräumt.

21 Der Streit, ob die Mitbenutzung der Wohnung durch den aufgenommenen Partner noch vom Vertragszweck des § 535 BGB gedeckt wird (so nach h.M. bei der Aufnahme des Ehegatten) oder ob eine Erlaubnis des Vermieters nach § 549 II BGB erforderlich ist, ist nicht nur rein akademischer Natur, sondern zeigt auch konkrete dogmatische Auswirkung auf das Vollstreckungsrecht, dazu s. später.

22 Stellvertretend für alle: Zöller/Stöber § 885 Rdnr. 5 m.w.N.

zur Vollstreckung auch gegen den anderen für ausreichend. Im folgenden sollen die Argumente der h.M. auf ihre Brauchbarkeit zur Übertragung auf eheähnliche Gemeinschaften untersucht werden.

a) Die Argumente der herrschenden Meinung

aa) Der aufgenommene Ehegatte als Besitzdiener

In der Literatur wird ausschließlich der Fall behandelt, daß der Ehemann die Ehefrau in seine Wohnung aufnimmt. Nachfolgende Ausführungen beziehen sich daher exemplarisch auf diese Fallgestaltung. Die Ausführungen gelten aber auch für den umgekehrten Fall, daß die Ehefrau den Ehemann in die Wohnung aufnimmt.[23]

Eine Ansicht begründet das Titelerfordernis nur gegen den mietenden Ehemann damit, daß auch nach Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes am 1.4.1953 nur der Ehemann Besitzer der Wohnung, die Frau hingegen lediglich Besitzdienerin sei.[24] Es fragt sich, warum die aufgenommene Frau den Anordnungen des mietenden Mannes in der Wohnung Folge zu leisten habe, sie von ihrem Mann weisungsabhängig sein soll.[25] Die Realität des

---

23 Vgl. dazu BGH NJW 1954, 918 ff.

24 OLG Stuttgart ZMR 1959, 51; LG Ellwangen NJW 1953, 1227; AG Delmenhorst MDR 1955, 229; Pohle MDR 1955, 4 f; zu den Begriffen Besitz/Gewahrsam i.S.d. §§ 885, 886 ZPO vgl. oben III B 1).

25 Vor allem angesichts der Tatsache, daß die Frau i.d.R. mit den Dingen des Haushalts viel öfter und intensiver in Berührung kommt als der Mann.

täglichen Lebens widerlegt diese Betrachtungsweise; denn der "Normalfall" wird im Zeichen der Gleichberechtigung so liegen, "daß das Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht durch "Befehl und Gehorsam", sondern durch "gegenseitiges Einvernehmen gekennzeichnet ist".[26] Zeichnet sich schon das Verhältnis der Ehegatten durch gegenseitiges Einvernehmen aus, gilt dies erst recht für das der Partner eheähnlicher Gemeinschaften, die ja gerade durch "Einvernehmen" existieren. Die Frau würde einem minderjährigen Kind, einem nur vorübergehend anwesenden Gast oder einer Hausangestellten gleichgestellt! In eheähnlichen Gemeinschaften widerspräche es erst recht "der Lebenserfahrung", die Partnerin "in die Stellung einer Besitzdienerin herabzudrücken";[27] denn die Existenz eheähnlicher Gemeinschaften beruht gerade auf gleichberechtigtem Konsens.[28] Daher scheidet die Möglichkeit aus, den aufgenommenen Partner als Besitzdiener anzusehen.[29] Der aufgenommene Partner könnte jedoch dem aufnehmenden Partner folgepflichtig sein, wenn die Überlassung des Gewahrsams an der Wohnung aus Gefälligkeit erfolgte (§ 855 BGB ana-

---

26 Vgl. Baur/Stürner (Fälle) S. 62.

27 So BGH NJW 1954, 920 für den Fall, daß der Mann in das Haus der Frau aufgenommen wurde.

28 S. dazu die Motive oben; dieser Konsens beruht darauf, daß i.d.R. beide Partner wirtschaftlich selbständig sind, vgl. etwa die "Onkelehen".

29 Bezeichnenderweise wurde diese Ansicht nur in den fünfziger Jahren vertreten; vgl. FN 24. Nur Dietrich, S. 125 ff versucht an den Be-

log).[30] Diesen Gedanken auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften anzuwenden, liegt nahe. Zum einen scheint das Schlagwort "Gefälligkeit" für solche Gemeinschaften wie geschaffen; denn es stimmt mit der Tendenz überein, eheähnliche Gemeinschaften außerhalb der Rechtsordnung anzusiedeln. Zum anderen trifft es auf die Entstehung und den Fortbestand eheähnlicher Gemeinschaften zu, die Gründung erfolgt meist aus wirtschaftlichen und/oder persönlichen Motiven, die den Ausschlag zugunsten eines unverbindlichen Zusammenlebens geben!

Die Anwendung des § 855 BGB analog auf eheähnliche Gemeinschaften könnte in diesem Fall dennoch ausgeschlossen sein.

Meines Erachtens ist bei eheähnlichen Gemeinschaften zwischen Innen- und Außenverhältnis zu differenzieren. Die Partner treten im Außenverhältnis als Rechtsgenossen in den Rechtsverkehr ein. Auch sie müssen zur Befriedigung ihrer elementaren Lebensbedürfnisse Verträge abschließen. Darunter fällt u.a. die Anmietung von Wohnraum (vgl. oben B 1). Demgegen-

---

griff des Besitzdieners festzuhalten, ihn neu zu bestimmen und "ihm eine in sozialer Hinsicht wertneutralen Definition zu geben (S. 205). Dieser Versuch ist jedoch zum Scheitern verurteilt, da auf jeden Fall die Weisungsabhängigkeit fehlt, vgl. oben im Text und Peters, ZZP 91, 334.

30 Vgl. AG Hannover DGVZ 1973, 158 f. Davon zu unterscheiden ist die Unterstellung unter Weisungsbefugnisse aus Gefälligkeit; s. zu diesem Problembereich Staudinger/Bund § 855 Rdn. 26; vgl. im übrigen schon die Ausführungen oben Abschnitt III A S. 70 ff.

über besteht ein Gefälligkeitsverhältnis nur im Innenverhältnis der Partner zueinander. Hier lassen sich - mangels Rechtsbindungswillen (s.o.) - kaum rechtliche Regelungen feststellen. Doch treffen die für eine analoge Anwendung des § 855 BGB genannten Beispiele auf die hier zu behandelnde Sachlage nicht zu. Denn der Gewahrsam wird dem Mitreisenden am Kursbuch oder dem privaten Gast am Klavier[31] nur einer der Benützung entsprechend kurzen Zeitdauer überlassen. Der Mitgewahrsam an der Wohnung wird aber nicht - wie in den Beispielsfällen - nur kurze Zeit, sondern langfristig eingeräumt.[32] An der Lösung des § 855 BGB analog ist jedoch festzuhalten, wenn die eheähnliche Gemeinschaft nur von kurzer Dauer war, z.B. im Extremfall beim Auseinanderbrechen der Gemeinschaft vor Erlaubniserteilung des Vermieters i.S.d. § 549 II BGB. Der Aufgenommene befand sich dann gefälligkeitshalber nur für kurze Zeit in der Wohnung, so daß Zweifel an der Stellung als Besitzer, die eine auf Dauer angelegte Sachbeziehung voraussetzt, bestehen. Eine Weisungsabhängigkeit läßt sich aber auch in diesem Fall nicht begründen. Daher ist der Aufgenommene nicht Besitzer, § 855 BGB analog. Die zwangsweise Räumung erfordert keinen besonderen Titel gegen den aufgenommenen Partner.[33]

---

31 Beispiele bei Heck (Satz) § 7 8 b).

32 Da die eheähnliche Gemeinschaft auf Dauer angelegt ist (vgl. dazu Definition I 1), erfolgt die Aufnahme des Partners ebenfalls auf Dauer und ist daher langfristig angelegt.

33 Im Fall des AG Hannover (FN 30) befanden sich die gefälligkeitshalber Aufgenommenen "einige Zeit" in der Wohnung; zur zwangsweisen

Somit scheidet auch diese Möglichkeit aus.

Die h.M. geht daher überwiegend vom Mitbesitz des nichtvertragsschließenden Ehegatten aus.[34] Die Begründungen sind freilich recht unterschiedlich. Sie sollen im folgenden kurz dargestellt und auf ihre Tauglichkeit zur Übertragung auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften untersucht werden.

bb) Der "abgeschwächte" Mitbesitz des Nichtmieters

Eine Ansicht nimmt Mitbesitz an, da es dem Gleichberechtigungsgrundsatz widerspräche, den Ehegatten in die Stellung eines Besitzdieners herabzudrücken.[35]

Der Streit,[36] ob der Gleichberechtigungsgrundsatz unmittelbaren Einfluß auf die

---

Räumung bedurfte der Vermieter keines besonderen Räumungstitels gegen die aufgenommenen Personen.

34 LG Darmstadt DGVZ 1980, 110; 3GH NJW 1954, 920; LG Essen ZMR 1966, 282; LG Münster MDR 1955, 105; OLG Hamm NJW 1956, 1681; OLG Düsseldorf ZMR 1957, 144 und MDR 1960, 234; LG Tübingen NJW 1964, 2021; LG Schweinfurt DGVZ 1960, 93; LG Mannheim MDR 1964, 60 und NJW 1962, 816; LG Kiel WuM 1982, 304. Noach DGVZ 1960, 66 f; Schmidt-Futterer MDR 1962, 701; Müller, Willi JR 1963, 370; Hoche-Wiener Rdnr. 367; Firsching NJW 1955, 1173; Gerhardt § 13 II b; Siegelmann ZMR 1968, 260; Merkert JR 1966, 379 f; Gernhuber § 19 III; Baur § 7 b II 1c. St/J/Münzberg § 885 I; Zöller/Stöber § 885 Rdnr. 5; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 885 1 Bb; Wieczorek § 885 A III a 3; Soergel/Mühl § 886 Rdnr. 6; Münchner Kommentar/Haase § 866 Rdnr. 21. Einige stellen richtigerweise nicht darauf ab, ob ein oder beide Partner den Mietvertrag abgeschlossen haben: Staudinger/Bund § 866 Rdnr. 8; Röhl S. 100; LG Schweinfurt DGVZ 1960, 63; Dreyer S. 37-38; Brühl FamRZ 1954, 215; Erle, S. 25; Palandt/Bassenge § 866, Anm. 1 b.

35 Vgl. dazu die Ausführungen oben im Text unter S. 84 ff.

36 OLG Hamm NJW 1956, 1681; OLG Hamburg NJW 1954, 1688; OLG Düsseldorf ZMR 1957, 144; AG Düsseldorf DGVZ 1968, 60; LG Tübingen NJW 1964, 2021; LG Mannheim NJW 1962, 816; OLG Köln NJW 1958, 598; Noach DGVZ 1960, 66; Pohle MDR 1955, 5.

dingliche Rechtslage entfaltet , mag dahinstehen, da dieser zum selben Ergebnis führt, Mitbesitz beider Ehegatten. Gemäß der allgemeinen Regelung der §§ 750, 885 I, 886 ZPO wäre zur zwangsweisen Räumung ein Titel gegen beide Partner erforderlich.[37] Diese Konsequenz wird jedoch bei Ehegatten mit dem Hinweis auf das Eherecht umgangen; der nichtmietende Ehegatte habe keinen selbständigen Mitbesitz an den Wohnräumen; sein Recht zum Mitbesitz sei vielmehr von der Fortdauer des Besitzrechts des mietenden Ehegatten abhängig. Daher soll der nichtvertragsschließende Ehegatte nur einen aus der ehelichen Lebensgemeinschaft "abgeleiteten", "abgeschwächten" Mitbesitz haben, der in erster Linie ein auf die Ehegatten beschränktes Verhältnis sei und daher der Räumungsvollstreckung gegen den vertragsschließenden Ehegatten nicht entgegengesetzt werden könne. Ein Titel nach § 750 ZPO gegen den mietenden Ehegatten sei danach geeignet und ausreichend zur Vollstreckung auch gegen den anderen, nichtmietenden Ehegatten.[38]

Diese Begründung könnte bei Ehegatten auf dogmatische Bedenken stoßen.

Der selbständige Besitz des nichtmietenden Ehegatten kann nicht mit dem Hinweis ge-

---

37 So richtig Blomeyer, Arwed § 89 I.

38 Blomeyer (FN 37) erkennt richtig, daß diese Argumentation "praktisch auf eine Anwendung des § 739 ZPO auf unbewegliche Sachen hinausläuft"; zum Problembereich des § 739 ZPO in der Räumungsvollstreckung s. später.

leugnet werden, daß sein Recht zum Besitz von der Fortdauer des Besitzrechts des mietenden Ehegatten abhängig ist. Denn das Erfordernis eines Titels hängt nicht davon ab, ob dem nichtmietenden Ehegatten ein Recht zum Besitz zusteht oder nicht; die zwangsweise Räumung wird gerade deshalb vollstreckt, weil kein Recht zum Besitz besteht.[39] Das fehlende Besitzrecht bedarf der Feststellung im Erkenntnisverfahren, das dem Vollstreckungsverfahren vorausgeht.

Diese Argumentation trifft nicht nur auf den nichtmietenden, sondern auch auf den vertragsschließenden Ehegatten zu. Denn es kommt entscheidend auf die Besitzlage im Zeitpunkt der Vollstreckung an. Hier ergeben sich aber keine Unterschiede zwischen Mieter und Nichtmieter. Wie oben ausgeführt, ändert weder die Kündigungsklage noch die Räumungsklage die tatsächliche Besitzlage: der Mieter bleibt weiterhin Besitzer. Eine Änderung ergibt sich jedoch bezüglich der Besitzberechtigung; obsiegt der Vermieter mit der Kündigungsklage gegen den Mieter, bestätigt das Urteil, daß das Recht zum Besitz des Mieters aus dem Mietvertrag erloschen ist; er ist demnach unrechtmäßiger Besitzer.[40] Erst in diesem Stadium kann der

39 Insofern richtig Baur JZ 1965, 108; Pohle MDR 1955, 5.

40 Jauernig § 986 Anm. 1a; vgl. auch Reinspitz NJW 1962, 1403: "Ob früher einmal ein Mietvertrag bestanden hat, hat im Zeitpunkt der Vollstreckung keine Bedeutung mehr".

Vermieter gegen den unrechtmäßig besitzenden Mieter einen Titel auf Räumung der Wohnung erwirken, wenn der Räumungsklage des Vermieters stattgegeben wird. Der GV führt die Vollstreckung des Titels aus, indem er den Mieter gem. § 885 I ZPO aus dem Besitz setzt (s.o. 1 a). Daraus folgt, daß gerade deshalb vollstreckt werden kann, weil kein Recht zum Besitz besteht. Nur im Erkenntnisverfahren - der Kündigungsklage und Räumungsklage - kommt es auf der Einwendungsebene auf ein Recht zum Besitz an. In diesem Verfahren ist zu prüfen, ob sich der Mieter und Nichtmieter auf ein eigenständiges Recht zum Besitz gegenüber dem Vermieter berufen können. Für die Vollstreckung hingegen ist diese Frage ohne Belang.

Andernfalls würde der Besitz des nichtmietenden Ehegatten mit dem Wegfall des Rechts zum Besitz des mietenden Ehegatten im Erkenntnisverfahren erlöschen.[41] Dies wiederum stößt auf besitzdogmatische Bedenken; denn der Besitz wird gem. § 856 I BGB dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt. Der Mitbesitz wird aber in der Räumungsvollstreckung durch den GV beendet, der die Bewohner aus dem Besitz der Wohnung setzt.[42]

Ferner könnte der aus der ehelichen Gemeinschaft "abgeleitete" oder "abgeschwächte"

---

41 Konsequenterweise wird dies auch vom LG Tübingen NJW 1964, 2021 vertreten.
42 S. FN 18

Mitbesitz ebenfalls auf dogmatische Bedenken stoßen.[43] Der Besitz im Sinne des § 885 I ZPO deckt sich mit dem unmittelbaren Besitz im Sinne des BGB.[44] Danach stehen aber nur zwei Möglichkeiten offen: entweder ist der Nichtvertragsschließende Besitzdiener (§ 855 BGB) oder Mitbesitzer (§§ 854, 866 BGB); eine dazwischenliegende Rechtsstellung kennt das BGB nicht! § 854 BGB macht keinerlei Gradunterschiede. Diese wären mit dem Typenzwang des Sachenrechts[45] unvereinbar.

Ebenso unverständlich erscheint die Konsequenz dieser Ansicht bei Trennung und nach Auszug des mietenden Ehegatten aus der Wohnung; der "abgeleitete" Besitz soll nunmehr zu einem von der Rechtsordnung zu beachtenden Besitz "erstarken", der vor Rechtshängigkeit des Räumungsverfahrens nur durch einen gem. § 985 BGB[46] zu erwirkenden Räumungstitel überwunden werden könne. Wie soll der Besitz, als mit Besitzwillen ausgeübte tatsächliche Herrschaftsgewalt definiert, "erstarken"? Hier zeigt sich die entscheidende Schwäche dieser Ansicht; einerseits soll für die Vollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO der

---

43 Siehe dazu die ausführliche Kritik von Dreyer, S. 46 ff; vgl. neuerdings AG Neuss NJW 1985, 2427, das dahinstellt, ob die Begründung mit dem "abgeleiteten" Besitzrecht zutreffend sei.

44 Vgl. die Ausführungen oben im Text unter III B 1).

45 Baur § 1 II 2 a.

46 Wohl nur, wenn der Vermieter = Eigentümer der vermieteten Wohnung; für den Fall, daß der Vermieter nicht Eigentümer ist, finden sich bei der h.M. keine Anhaltspunkte für eine Anspruchsgrundlage! Zu Ehewohnungsproblemen getrennt lebender Ehegatten Hanisch NJW 1963, 1033 f (Fall Lage 2).

unmittelbare Besitz im Sinne des § 854 I BGB entscheidend sein; andererseits verstößt man gegen eben diese Annahmen, indem der unmittelbare Besitz des Nichtmietenden kurzerhand degradiert und somit als vollstreckungsrechtlich unbeachtlich angesehen wird!

Ferner stellte man die nichtmietende Frau in rechtlicher Hinsicht nicht einmal demjenigen gleich, der sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz gesetzt hat; denn abgesehen von § 859 BGB bedarf es eines Titels, um den durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitz durch den GV zu entziehen (§ 861 BGB).[47] Gerade dieses Beispiel stellt ein weiteres Indiz dafür dar, daß das Recht zum Besitz gegenüber dem Gläubiger nicht der entscheidende Gesichtspunkt sein kann.[48]

Der in dogmatischer Hinsicht grundlegende Fehler dieses Begründungsversuchs besteht darin, daß die Besitzstellung des Nichtmieters nach dem Recht am Besitz bestimmt wird. Auf das materielle Besitzrecht kommt es aber nicht an.[49]

Die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft sind Mitbesitzer der gemeinsamen Wohnung (s.o. B 1a). Der Mitbesitz kann aber nicht

---

47 Ähnliche Bedenken bei Rheinspitz NJW 1962, 1403.
48 Vgl. dazu die ausführliche Erörterung bei Dreyer S. 29 f.
49 So richtig Baur § 7 B II 1a bb: "Wer nach Beendigung eines Mietverhältnisses die Sache dem Vermieter nicht herausgibt, bleibt Besitzer".

wie bei Ehegatten (s.o.) auf das Gleichberechtigungsgesetz gestützt werden, da die Partner eheähnlicher Gemeinschaften auf die Eheschließung verzichtet haben; er beruht vielmehr auf dem auf Gleichberechtigung ausgerichteten Konsens der Partner, der der Aufnahme des einziehenden Partners in die Wohnung zugrundeliegt. Dieser Konsens stellt aber keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung dar, weil derartige verbindliche Regelungen zwischen den Partnern allgemein ungewöhnlich sind.[49a] Der aufgenommene Partner ist aus den oben genannten Gründen auch nicht weisungsgebunden.

Ferner leitet sich der Mitbesitz des nichtmietenden Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht aus einer ehelichen Lebensgemeinschaft ab. Da die fehlende Eheschließung die Partner eheähnlicher Gemeinschaften von Ehegatten unterscheidet, besteht für sie gerade nicht die Pflicht gem. § 1353 BGB zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Im übrigen begegnet der für Ehegatten vertretene "abgeschwächte" Mitbesitz auch für die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft dogmatischen Bedenken. Daher führt der "abgeschwächte" Mitbesitz weder bei Ehegatten noch bei Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft dazu, daß ein Räumungstitel gegen den Mieter auch zur Vollstreckung gegen den Nichtmieter ausreicht.

49a BGH MDR 1986, 473.

Die Frage nach dem Besitzrecht der in der Wohnung lebenden Personen (das z.B. bei Ehegatten aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgt), ist von Bedeutung, wenn es darum geht, welche Person - Mieter (=Ehegatte bzw. Partner) oder Vermieter - dem nichtmietenden Ehegatten den Mitbesitz einräumt. Die Einräumung des Besitzes ist für die dem Räumungstitel zugrundeliegende Anspruchsgrundlage entscheidend und wird daher später zu behandeln sein.

cc) Die Unbeachtlichkeit des Mitbesitzes nach § 885 II ZPO

Eine andere Ansicht argumentiert vollstreckungsrechtlich.[50] Danach soll der Gesetzgeber in § 885 II ZPO zu erkennen gegeben haben, daß der GV Räumungsurteile auch gegen die "zur Familie des Schuldners gehörende" oder "in der Familie dienende erwachsene Personen" durchsetzen kann. Denn soweit § 885 II ZPO Familienangehörige oder "in der Familie dienende erwachsene Personen" aufzählt, soll der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, daß diese typischerweise auf Grund von Unterhaltsverpflichtungen oder Verpflichtungen aus einem Dienstvertrag in den Haushalt aufgenommen werden und ihre daher zu erwartende Anwesenheit die Vollstreckung nicht erschweren dürfe.[51] Diese Zweckrichtung ist im Zeitpunkt der Entstehung der ZPO verständlich. Damals war der Mann alleiniger Haushaltungsvorstand und damit Allein-

---

50 Vor allem Baur JZ 1965, 108 f; ihm folgend LG Mainz MDR 1978, 765; AG Neuss NJW 1985, 2427; Gerhardt (Grundbegriffe) Rdn. 168; Brox/Walker Rdn.

51 Dagegen Blomeyer,Arwed § 89 I, der die Begründung mit § 885 II ZPO in keiner Weise für zwingend erachtet und meint, daß "die Vorschrift eine ganz andere Frage betrifft".

besitzer der Wohnung; die zur Familie gehörenden unterhaltsberechtigten bzw. dienstverpflichteten Personen wie die Frau, Kinder und Hausangestellte etc. waren nur Besitzdiener.[52] Nach dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes hat sich aber die rechtliche Bewertung der Besitzverhältnisse geändert (s.o.).

Heute kann die Frau nicht mehr als Besitzdienerin angesehen werden (s.o.).[53] Die Frau bleibt auch dann Mitbesitzerin, wenn sie unterhaltsbedürftig ist. Für sie ergibt sich dies aus § 1360 BGB; danach sind die Ehegatten einander zum Unterhalt verpflichtet, wobei die Frau durch ihre Haushaltsführung ihre Unterhaltspflicht erfüllt. Daher trifft das Argument der Unterhaltsverpflichtung des Mannes heute nicht mehr zu, das zum Alleinbesitz des Mannes führte. Im übrigen stellt die Räumungsvollstreckung gerade auf Besitz und Gewahrsam ab (§§ 885, 886 ZPO), nicht jedoch auf Unterhaltsverpflichtungen.[54] Ebensowenig wird der Besitz- bzw. Gewahrsamsbegriff nach Unterhaltsverpflichtungen und dergleichen, sondern nach dem tatsächlichen Verhältnis einer Person zu einer Sache bestimmt. Sonach hilft der Hinweis auf § 885 II ZPO bei Ehegatten nicht weiter.

Fraglich ist, ob die vorstehende vollstreckungsrechtliche Argumentation auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft zutrifft. Zunächst ist zweifelhaft, ob die Partner einer der in § 885 II ZPO

52 So richtig Pawlowski ZZP 88 (1975), 464.
53 Selbst Baur aaO gibt zu, daß "das Gesetz patriarchalischen Vorstellungen huldige, die heute obsolet" geworden seien.
54 Vgl. auch Rheinspitz NJW 1962, 1403.

aufgeführten Gruppe zugeordnet werden können. Dabei kommt dem Begriff "Familie" zentrale Bedeutung zu. Wie noch später auszuführen sein wird,[55] bilden die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft keine Familie. Für sie hilft demnach der Hinweis auf § 885 II ZPO nicht weiter.[56]

Etwas anderes könnte sich aber daraus ergeben, daß in der eheähnlichen Gemeinschaft gemeinsame Kinder vorhanden sind. Denn diese sind sowohl mit der Mutter als auch mit dem Vater verwandt und bilden daher eine Familie.[57]

Der nichtmietende Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft kann mit seinen Kindern nicht als eine in der Familie dienende erwachsene Person angesehen werden. Er könnte allenfalls eine zur Familie des Schuldners gehörende Person sein. Dem steht aber die soeben aufgezeigte Zweckrichtung entgegen. Trifft diese nicht mehr auf unterhaltspflichtige Ehegatten zu, entfällt sie erst recht bei Partnern eheähnlicher Gemeinschaften, die gesetzlich nicht unterhaltspflichtig sind. Daher hilft der Hinweis auf § 885 II ZPO auch bei Partnern eheähnlicher Gemeinschaften mit gemeinsamen Kindern nicht weiter.

Unrichtig ist auch der Ansatzpunkt dieser Meinung. Es soll nicht darauf ankommen, wen das bürgerliche Recht als Besitzer der Ehewohnung ansieht, sondern wen das Voll-

---

55 S. dazu den Abschnitt Zustellung III D.

56 Eine analoge Anwendung des § 885 II ZPO auf Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft scheint naheliegend (vgl. die Ausführungen zu § 181 ZPO). Doch auch diese scheitert an den im nachfolgenden Text für eheähnliche Gemeinschaften mit gemeinsamen Kindern aufgeführten Gründen.

57 Ob ein oder zwei Familien entstehen, ist streitig, vgl. dazu den Abschnitt Zustellung III D.

streckungsrecht als räumungspflichtig, als Schuldner der Räumungsvollstreckung erachtet. Aus der Gegenüberstellung von Besitz des Schuldners (§ 885 ZPO) und Gewahrsam des Dritten (§ 886 ZPO) soll folgen, daß die ZPO nicht streng an zivilrechtliche Begriffe anknüpfe, sondern darauf abstelle, wer faktisch in der Lage sei, die Sache herauszugeben.

Dagegen spricht aber, daß Besitz und Gewahrsam i.S.d. §§ 885, 886 ZPO mit dem unmittelbaren Besitz des BGB korrespondieren (s.o.).[58] Auch der Hinweis auf die faktische Herausgabemöglichkeit der Sache hilft nicht weiter. Denn sowohl der mietende Partner als besitzender Schuldner im Sinne des § 885 ZPO als auch der nichtmietende Partner als Gewahrsamsinhaber i.S.d. § 886 ZPO sind faktisch in der Lage, die Wohnung herauszugeben. Daher ist auch diese Meinung weder auf Ehegatten noch auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften übertragbar.[59]

dd) Billigkeitserwägungen

Schließlich berufen sich manche auf Billigkeitserwägungen.[60] Danach soll es Treu und Glauben widersprechen, wenn die Ehefrau die Vollstreckung durch die Berufung auf

58 So selbst Baur § 7 II 1c.

59 So aber Jauernig § 26 II 3, dagegen Baur/Stürner (Fälle) S. 64, FN 21 und oben im Text. Ausführliche Kritik an der Meinung von Baur üben Röhl, S. 104 f; Dreyer S. 41 ff; Müller, Heinz-Jörg S. 59 ff; Müller irrt jedoch, wenn er auf S. 51 FN 135 meint, daß der Frau als Besitzdienerin keinerlei Besitzschutzansprüche zustehen. Er hat dabei wohl § 860 BGB übersehen.

60 OLG Hamm NJW 1956, 1682; LG Mannheim MDR 1964, 60 ("vernünftiges Rechts-

ihren allein durch die ehelichen Lebensgemeinschaft begründeten Mitbesitz erschwere. Unbestritten beherrscht der Grundsatz von Treu und Glauben auch das Vollstreckungsrecht.[61] Der nichtmietende Partner verstößt jedoch nicht gegen diesen Grundsatz, wenn er sich gemäß § 766 ZPO[62] gegen die Räumungsvollstreckung wehrt, weil er als Schuldner behandelt wird, obwohl er im Titel nicht als Schuldner genannt ist;[63] denn der Besitz des Nichtmietenden soll mit einem nur gegen den Mietenden gerichteten Titel überwunden werden. Diesem Vorgehen steht aber die Regelung der §§ 885, 886 ZPO entgegen; betrachtet man auch den nichtmietenden Partner als unmittelbaren Mitbesitzer bzw. Gewahrsamsinhaber der Wohnung, ist für die zwangsweisen Räumung auch ein Titel gegen ihn entweder nach § 885 I ZPO oder § 886 ZPO erforderlich. Dem Vermieter (=Gläubiger) ist i.a. vor der Räumungsklage bekannt,daß sein Vertragspartner mit seinem Lebensgefährten in der Wohnung lebt [64] und daß dieser ebenfalls Mitbesitz innehat. Der Vermieter hätte also von vornherein zugleich auch den Lebensgefährten auf Räumung verklagen können. Die Inanspruch-

---

denken"); LG Braunschweig NdsRPfl 1954, 183; Noack, DGVZ 1960, 67; Schmidt-Futterer MDR 1962, 701; Firsching NJW 1955, 1174.

61 St/J/Schumann Einleitung IV D Rdnr. 242 ff.

62 Schumacher DGVZ 1963, 152; Staudinger/Emmerich vor § 535, 536 Rdnr. 107; Dreyer S. 81.

63 St/J/Münzberg § 766 II 3.

64 Vgl. OLG Hamburg MDR 1960, 769; für die hier vertretene Ansicht ergibt sich dies aus der Erlaubniserteilung des Vermieters gem. § 549 II BGB: wie später ausgeführt wird, fällt die nachträgliche Aufnahme des Partners unter § 549 II BGB; dazu ist aber eine Erlaubnis des Vermieters erforderlich. Daher ist dem Vermieter bekannt, daß der mietende Partner eine weitere Person aufgenommen hat, unabhängig davon, ob der Vermieter in demselben Haus wohnt oder nicht.

nahme des gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfs nach § 766 ZPO gegen die Behandlung als Vollstreckungsschuldner ohne Titel kann aber nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen.[65]

Die unter aa)-dd) aufgeführten Begründungsversuche der h.M. sind zur Übertragung auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften ungeeignet. Der einzig richtige Ansatzpunkt liegt dogmatisch in der Annahme des Mitbesitzes von Mann und Frau an der gemeinsamen Wohnung, unabhängig davon, ob es sich um Ehegatten oder Partner eheähnlicher Gemeinschaften handelt. Da sich der Besitzbegriff des BGB mit dem der ZPO deckt (s.o.), läßt die Dogmatik der Räumungsvollstreckung nach den §§ 885, 886 ZPO nur zwei Möglichkeiten zu: entweder es werden beide Partner auf Räumung verklagt, dann kann der Vermieter die Räumungsvollstreckung gem. § 885 I ZPO betreiben; oder es bleibt ihm nur der zweifelhafte und umständliche Weg über § 886 ZPO, den Gewahrsam des nichtmietenden Partners zu überwinden. Zweifelhaft ist dieser Weg deshalb, weil das Bestehen eines Anspruchs des mietenden Partners (= Schuldner) etwa gem. § 604 BGB[66] auf Herausgabe der Wohnung gegen den nichtmietenden Partner in der Regel mangels rechtlicher Vereinbarungen[66a] zwischen den Partnern fraglich ist. Ebenso

---

65 Vgl. Dreyer S. 68: "In der klaren Berufung auf eine Formalvorschrift kann in aller Regel ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht gesehen werden" m.w.N. in FN 1.

66 So BGH NJW 1954, 920 für Ehegatten.

66a BGH MDR 1986, 473; OLG Hamm NJW 1986, 729.

zweifelhaft ist der Anspruchsgrund eines leiheähnlichen Gefälligkeitsverhältnisses, welches die Willenseinigung der Partner zum Mitwohnen darstellt;[66b] diese Willenseinigung hat keinen rechtsgeschäftlichen Charakter.[66c] Der rechtsgrundlose Partner steht aber nicht besser als ein Entleiher, der die Sache nach § 604 III BGB jederzeit herausgeben muß. Der Willenseinigung liegt eine bloße Gestattung des mietenden Partners zugrunde;[66d] er kann dem Aufgenommenen jederzeit das Recht zum Mitgebrauch entziehen und ihn aus der Wohnung "vertreiben". Die jederzeitige "Vertreibungsmöglichkeit" entspricht sachlich der Rückgabepflicht des Entleihers nach § 604 III BGB. Daraus wird aber auch deutlich, daß der Mieter, der mit seinem Mitbewohner keine rechtlichen Regelungen getroffen hat, nicht schlechter steht, als einer, der die Wohnung an einen anderen verliehen hat und den Vertrag kündigen kann. Der Widerruf der Gestattung entspricht in diesem Fall sachlich der Kündigung.[66e] Der Weg über § 886 ZPO ist für den Vermieter auch umständlich und zeitraubend. Der nach § 886 ZPO zu pfändende Anspruch des Vermieters gem. §§ 604, 862, 866[66f] oder § 812[66g] BGB muß wiederum tituliert werden, wenn sich der Nichtmieter weigert,

---

66b S. dazu unten S. 139f

66c Vgl. LG Essen ZMR 1953, 117 f in FN 167 für Eltern-Kind Beziehungen (familienrechltiche Übereinkunft ohne rechtsgeschäftlichen Charakter).

66d Münchner Kommentar Voelskow vor § 535 Rdn. 129.

66e Ist man dennoch der Meinung, daß der Mieter in diesem Fall schlechter steht, resultiert dies aus seinem eigenem Risikobereich. Denn "wer sein Geschäft bewußt nicht dem Recht unterstellt, sondern" einer rechtsgrundlosen Vereinbarung, "dem hilft das Recht auch nicht"; vgl. Flume § 15 4c bb; ähnlich BGHZ 45, 376.

66f Der nichtmietende Partner stört den Besitz des mietenden Partners, sobald die Gestattung widerrufen wird, da es in diesem Fall nicht nur um die Gebrauchsgrenzen geht.

66g Vgl. zu diesem Anspruch unten S. 141 ff.

die Wohnung zu räumen. Der Vermieter hat dazu einen weiteren Prozeß zu führen, der für ihn nicht risikolos ist. Wie soll er diese Ansprüche substantiiert darlegen, wenn er von der inneren Ausgestaltung der eheähnlichen Gemeinschaft keine Kenntnis hat?[66h] Die angebliche "Hilfe" für den Vermieter, der Weg über § 886 ZPO, kehrt sich in eine Erschwernis um. Für ihn ist es einfacher, einen Prozeß gegen beide Partner zu führen und gegen beide gleichzeitig einen Titel zu erwirken, der anschließend gegen beide vollstreckt werden kann.

Die Begründungsversuche der h.M. (s. aa) - dd), die trotz Mitbesitzes nur einen Räumungstitel gegen den mietenden Partner für ausreichend erachten, gehen über diese dogmatische Strukturen hinweg; sie behandeln den nichtmietenden Ehegatten bzw. Partner de facto als Besitzdiener.

b) § 739 ZPO analog auf die Räumungsvollstreckung nach § 885, 886 ZPO anwendbar?

Da die Räumungsvollstreckung nach den §§ 885, 886 ZPO einzig und allein auf Besitz und Gewahrsam abstellt, ist die Parallele zur Mobiliarvollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO unabweislich. Zur Überwindung des Gewahrsams des nichtschuldenden Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft in der Mobiliarvollstreckung könnte § 739 ZPO analog dienen (s.o. III A 2 c bb). Daher sind manche Autoren bemüht, diese Bestimmung auch in der Räumungsvoll-

---

66h Und vor allem dann, wenn sich die Ansicht der Rechtsprechung herumspricht, daß rechtsgeschäftlich verbindliche Regelungen in einer eheähnlichen Gemeinschaft allgemein ungewöhnlich sind; vgl. BGH MDR 1986, 473.

streckung analog anzuwenden[67] bzw. dem Grundgedanken zu entnehmen, daß der eheliche Mitgewahrsam der Räumungsvollstreckung nicht entgegenstehen darf.[68]

Gegen eine analoge Anwendung des § 739 ZPO spricht der klare und eindeutige Wortlaut. Dieser ist auf bewegliche Sachen begrenzt. Einer analogen Anwendung steht somit die Rechtsähnlichkeit der §§ 808, 809 ZPO mit der Räumungsvollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO entgegen.[69] Denn § 809 ZPO betrifft die Frage, ob der Mit- bzw. Alleingewahrsam eines Dritten an den beweglichen Sachen der Pfändung entgegensteht. Dagegen behandeln die §§ 885, 886 ZPO die andere Frage der Überwindung des Raumgewahrsams. Sach- und Raumgewahrsam sind aber scharf voneinander zu trennen.[70]

Auch Sinn und Zweck des § 739 ZPO sprechen nicht für eine Analogie, wie sogleich bei der auf den Rechtsgedanken abstellenden Ansicht zu erörtern sein wird. Daher lehnt die h.M.[71] eine analoge Anwendung des § 739 ZPO in der Räumungsvollstreckung ab.

Die auf den Rechtsgedanken des § 739 ZPO abstellende Meinung verkennt zum einen Sinn und Zweck des § 739 ZPO. Dem Erlaß des §

---

67 Merkert JR 1966, 379.

68 OLG Köln NJW 1958, 599; OLG Hamm NJW 1954, 1681; LG Tübingen NJW 1964, 2022; AG Düsseldorf DGVZ 1968, 60; Schulz 72 f; Dölle § 19 III; Schmidt-Futterer MDR 1962, 701; E. Peters ZZP 91 (1978), 338 ff ("Tendenz"); Mohrbutter § 19 III 3a.

69 Vgl. dazu die ausführliche Besprechung Merkerts aaO bei Müller, Heinz-Jörg, S. 53 ff; Gerhardt (Grundbegriffe) Rdn. 168.

70 S.o. FN 17.

71 Vgl. etwa nur Baur FamRZ 1958, 254 und JZ 1965, 108; Müller, Willi, JR 1963, 66; Noack DGVZ 1960, 65 und 85, und DGVZ 1962, 101; Röhl, S. 100; St/J/Münzberg § 885 I.

739 ZPO liegt im Hinblick auf § 1362 BGB der Gedanke zugrunde, daß die in einer Ehe oder eheähnlichen Gemeinschaft eingebrachten Sachen sich im Laufe der Zeit vermischen; dadurch werden die Eigentumsverhältnisse verschleiert.[72] Diese Ungewißheit besteht jedoch im Bereich der Räumungsvollstreckung nicht; denn es kommt nicht auf die Verschleierung von Eigentumsverhältnissen an, der mit Hilfe des § 739 ZPO als Vorstufe zu § 1362 BGB begegnet werden soll. Vielmehr ist der nach § 886 ZPO zu beachtende Mitbesitz an der Wohnung zu überwinden, der eindeutig feststeht. Beide Partner haben Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung, unabhängig davon, wer als Mieter auftritt.[73] Die Neufassung des § 739 ZPO zeigt aber, daß der Gesetzgeber den Gewahrsam an beweglichen Sachen des nichtschuldenden Partners als Vollstreckungshindernis (vgl. §§ 809, 886 ZPO) ansieht und für beachtlich hält. Andernfalls wäre der Erlaß des § 739 ZPO überflüssig. Obwohl § 739 ZPO als Vorstufe zu § 1362 BGB das Eigentum treffen will, hat er zunächst den in der Regel bestehenden Gewahrsam zu überwinden (§§ 809, 886 ZPO). Daher kann dem § 739 ZPO nicht der Grundgedanke entnommen werden, daß der Gewahrsam des nichtmietenden Partners in der Räumungsvollstreckung unbeachtlich sein soll.[74]

Zum anderen ist die Interessenlage der Mobiliarvollstreckung nach §§ 808, 809 ZPO und die der Räumungsvollstreckung unterschiedlich.

---

72 S. dazu Abschnitt III A.

73 Vgl. dazu die Ausführungen oben.

74 Vgl. Anmerkung Kubisch in NJW 1958, 874 zum Beschluß des OLG Köln in NJW 1958, 598.

Nach Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes und vor dem Inkrafttreten der Neufassung des § 739 ZPO durch das Gleichberechtigungsgesetz am 18.6.1957 bestand ein wirkliches Bedürfnis, den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Partners in mobiliarvollstreckungsrechtlicher Hinsicht für unbeachtlich anzusehen, da es keinen anderen Weg gab.[75] Im Gegensatz zu § 809 ZPO gibt § 886 ZPO dem Gläubiger die Möglichkeit, den Mitgewahrsam des nichtmietenden Partners zu überwinden; auf Antrag des Gläubigers ist ihm der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zu überweisen.[76] Ferner bleibt es dem Gläubiger (= Vermieter) unbenommen, auch den nichtmietenden Gewahrsamsinhaber auf Räumung mitzuverklagen. Als mögliche Anspruchsgrundlagen kommen § 985 BGB und/oder § 556 III BGB in Betracht.[77]

Die Neufassung des § 739 ZPO wäre daher für die Räumungsvollstreckung überflüssig. Dies belegt auch die Tatsache, daß der Gesetzgeber (bis heute) eine entsprechende Vorschrift für die Räumungsvollstreckung nicht erließ. Dazu sah er kein Bedürfnis; denn im Zeitpunkt des Erlasses des Gleichberechtigungsgesetzes im

---

75 Dreyer, S. 57 FN 3 weist auf die damalige Geschäftsanweisung für GV hin, die zu diesem Problembereich keine Stellungnahme enthielt. Theoretisch stand dem Gläubiger zwar der Weg über §§ 846, 847 ZPO offen, den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zu pfänden und überweisen zu lassen. Doch war das Bestehen eines solchen Anspruchs unter Ehegatten mangels rechtlicher Vereinbarungen zweifelhaft, vgl. dazu Abschnitt III A 2a). Daher gab es wirklich keinen anderen Weg!

76 Zugegeben sei an dieser Stelle die Fragwürdigkeit dieses Anspruchs zwischen Partnern eheähnlicher Gemeinschaften; darauf wird an geeigneter Stelle zurückzukommen sein.

77 §§ 556 III BGB allerdings nur, wenn die Aufnahme des Partners eine

Jahre 1957 war die Ansicht, die Mann und Frau als Mitbesitzer der gemeinsamen Wohnung ansah, vorherrschend.[78] Dem Gesetzgeber waren damals die geänderten Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse bekannt.

Aus diesen Gründen ist weder eine analoge Anwendung des § 739 ZPO noch ein Zurückgreifen auf den Grundgedanken des § 739 ZPO zulässig und erforderlich.

c) Die Notwendigkeit eines Doppeltitels

Nach den bisherigen Ausführungen führt kein Weg daran vorbei, auf Grund des Mitbesitzes beider Partner für die zwangsweise Räumung einen Räumungstitel gegen beide Partner der eheähnlichen Gemeinschaft zu fordern.[79] Diese Ansicht wird auch für die Räumungsvollstrek-

---

Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 549 II BGB darstellt. Darüber herrscht Streit. Zu dieser Problematik ist später Stellung zu nehmen.

78 S. oben die Nachweise in FN 34.

79 AG Darmstadt DGVZ 1980, 91 f; Baur/Stürner (Fälle) S. 64, FN 21. So richtig Baur JZ 1965, 109: "Denn daß die zivilrechtliche Betrachtungsweise zu einem Doppeltitel gegen Mann und Frau führen muß, läßt sich mit keiner Kunst vermeiden". Er bemängelt daher, daß die bisherigen Lösungsversuche allzusehr unter zivilrechtlichen Aspekten erfolgen, die vollstreckungsrechtlichen aber außer acht gelassen werden. Die zivilrechtliche Betrachtungsweise kommt jedoch nicht von ungefähr: das Vollstreckungsrecht selbst bietet für die hier zu behandelnde Problematik keine Lösung (s.o. im Text); durch die Anknüpfung der Begriffe Besitz/Gewahrsam i.S.d §§ 885, 886 ZPO an den unmittelbaren Besitz i.S.d. § 854 I BGB, verweist das Vollstreckungsrecht auf das Zivilrecht. Daher befindet sich der für den Besitz entscheidende dogmatische Ansatzpunkt im Zivilrecht. Diese Betrachtungsweise wird auch den Bedürfnissen des Vollstreckungsrechts gerecht; denn die Anknüpfung des Vollstreckungsrechts an das Zivilrecht erfolgt nicht pauschal: nur der unmittelbare Besitz i.S.d. § 854 I BGB wird durch die Vorschriften der §§ 885, 886 ZPO geschützt. (Für § 885 I ZPO vgl. Zöller/Stöber § 885 I Rdnr. 6; für § 886 ZPO folgt dies schon aus der Definition des Gewahrsams als unmittelbarer Besitz i.S.d. BGB. Vgl. Baur § 7 B II 1c bb).

kung gegen Ehegatten vertreten.[80] Ob ihre Argumente auch auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften übertragbar sind, soll im folgenden geklärt werden.

Für die Vertreter dieser Ansicht kommt es einzig und allein auf die tatsächliche Besitzlage an; danach üben Mann und Frau die tatsächliche Sachherrschaft über die Wohnung aus. Sie stimmen insofern mit der h.M. überein. Dagegen stellen sie fest, daß nicht die mietrechtliche Lage entscheidend ist,[81] sondern der Mitbesitz seinen Grund in dem familienrechtlichen Verhältnis der Ehegatten zueinander findet.[82] Diese Argumentation kann jedoch nicht auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften übertragen werden. Eheähnliche Gemeinschaften stehen mangels Eheschließung nicht in familienrechtlichen Beziehungen zueinander. Den Grund in einem Gebrauchsüberlassungsvertrag nach Art einer Leihe[83]

---

80 LG Siegen MDR 1956, 167; OLG Hamburg MDR 1960, 769; LG Stuttgart NJW 1953, 989; OLG Neustadt NJW 1953,989; AG Schweinfurt DGVZ 1960, 61; LG Mainz NJW 1953, 1108. Röhl S. 99 ff; Müller, Heinz-Jörg, S. 60; Kremer FamRZ 1954, 186 und S. 136 ff; Brühl, FamRZ 1954, 215; Hoppmann BlGBW 1967, 97; Schumacher DGVZ 1963, 150 ff; Breetzke NJW 1953, 735; Dreyer S. 80. Münchner Kommentar/Wacke § 1362 Rdnr. 37; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 885 Bb; Soergel/Lange § 1362 Rdnr. 16; Soergel/Kummer § 535 Rdnr. 69; Staudinger/Emmerich vor §§ 535, 536 Rdnr. 107 a.

81 Vgl. FN 34 a.E.

82 Kremer FamRZ 1954, 186; Brühl FamRZ 1954, 215.

83 BGH NJW 1954, 918 (für Ehegatten); interessanterweise erscheint diese Konstruktion im Zusammenhang mit dem Räumungsanspruch. Der BGH gab dem Kläger gegen den Mann als Mitbesitzer den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. Insofern wäre die Konstruktion des Leihvertrags überflüssig; sie gewinnt jedoch für die Frage nach dem Räumungsanspruch an Bedeutung, wenn dem Kläger als Nichteigentümer § 985 BGB nicht zusteht. Der Mitgewahrsam des Mannes könnte dann nur im Wege der Vollstreckung nach § 886 ZPO überwunden werden: auf Antrag des Klägers ist der Anspruch der Frau gem. § 604 BGB auf Rückgabe der entliehenen

zu suchen, wirkt zu künstlich und wird der überwiegenden Anzahl eheähnlicher Gemeinschaften nicht gerecht; denn dazu wären rechtliche Vereinbarungen notwendig, die den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften zumindest im Innenverhältnis nach ihren Motiven fernliegen.[84]

Ferner überzeugt der Versuch nicht, einen Grund für den Mitbesitz des nichtmietenden Partners anzuführen. Wie oben ausgeführt, dient dieser Grund lediglich dazu, dem nichtmietenden Partner ein Recht zum Besitz zuzusprechen. In der Räumungsvollstreckung kommt es aber gerade nicht auf ein Recht zum Besitz an (s.o.). Oben wurde dargelegt, daß besitzrechtlich keine Unterschiede zwischen Mieter und Nichtmieter nach Kündigung des Mietverhältnisses bestehen. Dasselbe hat auch im Verhältnis des Untervermieters zum Untermieter Geltung. Die Vergleichbarkeit dieser Personengruppen ergibt sich aus der Tatsache, daß auch der Untermieter den Besitz vom Untervermieter (= Hauptmieter) "ableitet". Obwohl der Untermieter "nur akzessorischen" Besitz an der Wohnung innehat, fordert die h.M.[85] einen besonderen Räumungstitel zur zwangsweisen Räumung.

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird deutlich, wenn man auf den für die Räumungsvollstreckung

---

Sache gegen den Mann dem Kläger zu überweisen.

84 Vgl. dazu S. 14 ff im Text. Im übrigen ist auch bei Ehegatten fraglich, ob sie eine derartig rechtliche Regelung bezüglich ihrer Besitzverhältnisse treffen. Das Zusammenleben in einer intakten Ehe erfolgt im Regelfall in "gegenseitigem Einvernehmen" und nicht in dem Bewußtsein, ständig rechtliche Regelungen zu vereinbaren.

85 Stellvertretend für alle: Zöller/Stöber § 885, Rdnr. 5.

entscheidenden Zeitpunkt - nach Kündigung bzw. Räumungsklage - abstellt.

Es kommt allein auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und Mieter, das Hauptmietverhältnis an. Dessen Beendigung verpflichtet auch den Untermieter nach Aufforderung durch den Vermieter zur Räumung.[86] Zwar wird der Bestand des Untermietverhältnisses nicht durch die Aufhebung des Hauptmietverhältnisses berührt;[87] der Untermieter kann sich im Räumungsprozeß des Vermieters jedoch nicht darauf berufen, daß er dem Hauptmieter gegenüber zum Besitz berechtigt ist.[88] Nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses sind sowohl Untervermieter als auch Untermieter Besitzer ohne Recht zum Besitz gegenüber dem Hauptvermieter. Die vertragliche Beziehungen zwischen Untervermieter und Untermieter sind im Verhältnis zum Hauptvermieter ohne Belang. Insofern bestehen weder zwischen dem Vermieter und dem Untervermieter/Untermieter noch zwischen Vermieter und mietenden/nichtmietenden Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft besitzrechtliche Unter-

---

86 Insofern unterscheidet sich die Rückgabepflicht des Untermieters von der des Hauptmieters; denn die Rückgabepflicht des Hauptmieters entsteht sofort nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses, die des Untermieters hingegen bedarf zu ihrer Entstehung einer Aufforderung durch den Vermieter an den Mieter, die Sache zurückzugeben, vgl. RGZ 156, 153. Diese Aufforderung kann jedoch in der gegen den Hauptmieter gerichteten Räumungsklage liegen, wenn sie dem Untermieter bekannt ist, vgl. RGRK/Gelhaar, § 556 Rdnr. 17 (a.A.: Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 47, 48, der diese Ansicht für bedenklich hält und die Geltendmachung ausschließlich als Mahnung i.S.d. § 284 BGB ansehen will).

87 LG Frankfurt ZMR 1961, 269.

88 Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 37;da der Untermieter auch nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses dem Untervermieter gegenüber zum Besitz berechtigt bleibt, hat er im Falle der Besitzentsetzung nach den §§ 556 III, 985 BGB, 885 I ZPO gegen den Untervermieter einen Schadensersatzanspruch gem. § 541 BGB, vgl. Münchner Kommentar/Voelskow § 556, Rdnr. 40.

schiede. Daher benötigt der Vermieter zur zwangsweisen Räumung einen Titel sowohl gegen den Hauptmieter als auch gegen den Untermieter.[89] Der Untermieter hat im Zeitpunkt der Räumungsvollstreckung dieselbe besitzrechtliche Stellung wie der nichtmietende Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft.[90] Die Tatsache, daß in der Regel der Untermieter Alleinbesitzer, der nichtmietende Partner Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung hat, rechtfertigt unter dem Gesichtspunkt des "abgeleiteten" Besitzes kein anderes Ergebnis.[91]

d) Anspruchsgrundlage des Vermieters

Da nach vorstehenden Ausführungen zur zwangsweisen Räumung zwei Titel erforderlich sind, stellt sich die Frage, welche Anspruchsgrundlagen dem Vermieter zur Besitzentsetzung des mietenden und des nichtmietenden Partners zur Verfügung stehen.

Dabei sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden.

aa) Der Vermieter als Eigentümer der vermieteten Wohnung

Ist der Vermieter Eigentümer der vermieteten

---

89 Dieses Argument ist für Soergel/Kummer § 535, Rdnr. 69 und Soergel/Lange § 1362 Rdnr. 16 ausschlaggebend, auch für die Räumungsvollstrekkung gegen Ehegatten einen Titel gegen beide zu fordern. Entsprechendes hat konsequenterweise auch für die Partner eheähnlicher Gemeinschaften zu gelten, da richtigerweise ausschließlich auf den Mitbesitz abgestellt wird.

90 Vgl. Text zu FN 85.

91 Vgl. OLG Hamburg MDR 1960, 769; Schumacher DGVZ 1963, 152; Pawlowski ZZP 88 (1975), 464.

Wohnung, ergeben sich keine Probleme; er kann gegen beide Partner nach § 985 BGB vorgehen, unabhängig davon, ob sie mietende oder nichtmietende Partei sind. Daneben[92] steht ihm - unabhängig vom Eigentum - der Herausgabeanspruch nach § 556 I BGB gegen den mietenden Partner zu.

bb) Der Vermieter ist nicht Eigentümer der vermieteten Wohnung

Fraglich ist, welche Anspruchsgrundlagen dem Vermieter, der nicht der Eigentümer des Grundstücks mit der vermieteten Wohnung ist, gegen den nichtmietenden Partner zur Verfügung stehen. § 985 scheidet aus. In Betracht kommen könnte aber § 556 III BGB; diese Vorschrift bestimmt, daß der Vermieter die Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von einem Dritten zurückfordern kann, wenn der Mieter den Gebrauch der Wohnung dem Dritten überlassen hat. Ihr liegt die Erwägung zugrunde, daß ohne diese besondere Vorschrift ein Rückforderungsanspruch gegen den Dritten dem Vermieter nur dann zustehen würde, wenn er die Herausgabe auf Grund des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts verlangen könnte.[93]

---

92 Anders: Raiser JZ 1961, 529 ff; Wolff/Raiser § 84 I 2; er vertritt die Ansicht, daß der Eigentümer, wenn er den unmittelbaren Besitz auf Grund eines Rechtsverhältnisses (hier: Miete) weggibt, den Inhalt seines Eigentums eingeschränkt habe; dem Eigentümer stehe daher zur Wiedererlangung des Besitzes § 985 BGB nicht mehr zur Verfügung; er sei vielmehr auf den vertraglichen Rückgabeanspruch (hier: § 556 I BGB) angewiesen. Nach der Ansicht Raisers hat der Vermieter folglich seine Räumungsklage gegen den mietenden Partner auf § 556 I BGB, gegen den aufgenommenen Partner auf § 985 BGB zu stützen.

93 Münchner Kommentar/Voelskow § 556 Rdnr. 36 (zur Entstehungsgeschichte des § 556 III).

aaa) Der nichtmietende Partner als Dritter im Sinne der §§ 549 II, 556 III BGB?

Problematisch und umstritten ist die Frage, ob der nichtmietende Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft als Dritter im Sinne des § 556 III BGB angesehen werden kann. Da § 556 III BGB dogmatisch eine Ergänzung des § 549 II darstellt,[94] bedarf es einer Klärung des Begriffes des Dritten i.S. d. Vorschriften.

Die Voraussetzungen des § 549 II BGB treffen vorliegende Fallgestaltung; denn nur die Aufnahme des Partners nach Abschluß des Mietvertrages durch den mietenden Partner regelt diese Vorschrift. Im Falle der für den Vermieter vorteilhafteren[95] Anmietung einer Wohnung durch beide Partner stellt sich die vorstehende Problematik nicht: beide Partner sind als Mieter gem. § 556 I BGB rückgabepflichtig.

Die überwiegende Ansicht[96] betrachtet die Aufnahme des Partners als Gebrauchsüberlassung an Dritte i.S.d. § 549 II BGB nur, wenn ihm selbständiger Allein- oder Mitgebrauch an

---

94 Palandt/Putzo § 556 Anm. 3a.
95 Vgl. FN 12.
96 De Witt/Huffmann Rdnr. 192 ff; Palandt/Putzo § 549 Anm. 2a; Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 41; Münchner Kommentar/Voelskow § 556 Rdnr. 5; Soergel/Kummer § 549 Rdnr. 3.

der Wohnung eingeräumt wird; andernfalls soll unselbständiger, "abgeleiteter" Gebrauch vorliegen, der durch den Vertragszweck des § 535 BGB gedeckt wird, so bei Aufnahme von Angehörigen, wie z.B.[97] den Ehegatten, Kinder, Hausangestellte und Besucher. Dabei liege selbständiger Gebrauch vor, wenn der Mieter dem Dritten den gesamten Mietbesitz oder einen Teil davon einräumt;[98] das soll der Fall sein, wenn der Dritte einen selbständigen Haushalt begründet oder zum Haushalt des Mieters als "gleichberechtigter Partner" hinzutritt.[99]

Dagegen sei unselbständiger, "abgeleiteter" Gebrauch gegeben, wenn der Mieter weiterhin den unmittelbaren Besitz und die eigenen Sachherrschaft über die Räume behalte,[100] der aufgenommene Dritte an den Willen und die Weisungen des Mieters gebunden bleibe.

Die Zuordnung des Dritten zum selbständigen oder unselbständigen Gebrauch knüpft wiederum an den Besitz an. Konsequenterweise wird dem vertragslosen Partner der eheähnlichen Gemeinschaft selbständiger Mitgebrauch an der Wohnung überlassen. Beide Partner, unabhängig davon, wer mietende Partei

---

97 H.M.; Roquette, § 549 Rdnr. 2; Soergel/Kummer § 549 Rdnr. 4; Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 41.
98 Erman/Schopp § 549 Rdnr. 5.
99 Münchner Kommentar/Voelskow § 549 Rdnr. 7; Soergel/Kummer § 549 Rdnr. 3.
100 Soergel/Kummer § 549 Rdnr. 4.

ist, haben Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung;[101] denn der mietende Partner räumt dem aufgenommenen Partner einen Teil des Mietbesitzes ein (s.o.). Der aufgenommene Partner tritt als Gleichberechtigter zum Haushalt des mietenden Partners hinzu. Eine Abhängigkeit des Aufgenommenen vom Willen und den Weisungen des Aufnehmenden läßt sich schwerlich feststellen. Gerade eine Wirtschaftsgemeinschaft geht von gleichberechtigten Partnern aus![101a]

Ein unselbständiger Gebrauch kann nicht angenommen werden. Da der Aufgenommene unmittelbaren Mitbesitz und eigene Sachherrschaft über die Wohnung ausübt, behält der mietende Partner weder unmittelbaren Alleinbesitz noch einzige Sachherrschaft. Da die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft Mitbesitzer der gemeinsamen Wohnung sind, läßt sich ein Über- und Unterordnungsverhältnis nicht begründen; der vertragslose Partner ist nicht an den Willen und die Weisungen des mietenden Partners gebunden (s.o.).

Daher wird dem aufgenommenen Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft selbständiger Mitgebrauch an der nunmehr gemeinsamen Wohnung i.S.d. §§ 549 II, 556 III BGB überlassen.[102]

---

101 Vgl. oben im Text.

101a Die aus gleichberechtigten Partnern bestehende Wirtschaftsgemeinschaft fo
in der Regel aus der wirtschaftlichen Selbständigkeit beider Partner; de
Witt/Huffmann (Wilde Ehen) S. 8.

102 Im Ergebnis für eheähnliche Gemeinschaften ebenso: LG Bonn NJW 1976, 1690 f; Lehnhardt ZMR 1968, 68 f; Schwab ZMR 1983, 186; Meier-Scherling DRiZ 1979, 297. Ohne nähere Begründung: AG Wupper-

Meines Erachtens folgt dieses Ergebnis zwingend daraus, daß die Abgrenzung zwischen selbständigem und unselbständigem Gebrauch an die Besitzverhältnisse anknüpft. Betrachtet man die für den unselbständigen Gebrauch angeführten Beispiele etwas näher,[103] so beruht die Annahme des unselbständigen Gebrauchs letztlich darauf, daß diese Personen die Stellung eines Besitzdieners innehaben; unstreitig sind Hausangestellte, minderjährige Kinder[104] oder Besucher als Besitzdiener anzusehen. Auch die Ehefrau war vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes Besitzdienerin. Ihr nur unselbständigen, "abgeleiteten" Gebrauch an der Wohnung zuzusprechen, verträgt sich aber nicht mit dem ihr heute zugesprochenen Mitbesitz[105] und ihrer gleichberechtigten Stellung gegenüber dem Ehemann. Nach den vorge-

---

tal WM 1978, 107; Simon JuS 1980, 225; von Münch, E.-M. S. 37; Scholz S. 95; Schlüter S. 36; Schwab S. 78. Diederichsen NJW 1983, 1019; so auch das schweizer Recht (Art. 264 OA; vgl. Weber, Rolf H. S. 72 f). Für eine analoge Anwendung des § 549 II: Schmidt-Futterer S. 476; ähnlich Brudermüller S. 79 ff; insbesondere S. 94 ff; er will jedoch auch den unselbständigen Gebrauch dem Regelungsbereich des § 549 II BGB unterstellen. Dagegen: LG Mannheim NJW 1975, 1663 (für Verlobte); AG Schöneberg NJW 1979, 2051; AG Köln WuM 1975, 191; AG Hamburg N 1982, 2260 (für gleichgeschlechtliche Partner); De Witt/Huffmann, Rdnr. 105 f; Langohr ZMR 1983, 223; Rogalsky AnwBl. 1983, 361; Berg NJW 1976, 2166; Steinert NJW 1986, 685. Sie vertreten auch die bei Ehegatten herrschende Ansicht, daß die Aufnahme des Partners/Ehegatten vom Vertragszweck des § 535 BGB gedeckt sei, da nur unselbständiger Gebrauch überlassen werde.

103 S. oben im Text zu FN 97.

104 S.o. S. 85.

105 Der ihr unstreitig zustent, vgl. oben im Text.

gebenen Unterscheidungskriterien zwischen selbständigem und unselbständigem Gebrauch wird auch der Ehefrau entgegen der h.M.[106] selbständiger Gebrauch i.S.d. § 549 II BGB an der Wohnung überlassen; denn sie ist gleichberechtigter Partner im Haushalt (vgl. §§ 1356, 1357 BGB) und nicht vom Willen und den Weisungen des mietenden Mannes abhängig.[107]

Auch der Inhalt des Herausgabeanspruchs nach § 556 III BGB stützt die hier vertretene Ansicht.

Sowohl der vertragliche Rückgabeanspruch als auch der Herausgabeanspruch

---

106 Staudinger/Emmerich § 549 Rdnr. 3; Palandt/Putzo § 549 Anm. 2a aa); Soergel/Kummer § 535 Rdnr. 255; Erman/Schopp § 549 Rdnr. 5; Roquette § 549 Rdnr. 2; Schmidt-Futterer/Blank B 476; Müller, Klaus ZMR 1970, 292.

107 Im Ergebnis ebenso: Kremer FamRZ 1954, 186; ohne nähere Begründung auch diejenigen, die dem Vermieter den Herausgabeanspruch nach § 556 III BGB gegen die Ehefrau zugestehen: LG Mainz NJW 1953, 1108; Brühl FamRZ 1954, 215; Röhl S. 104. Für eine analoge Anwendung des § 556 III BGB: Müller, Heinz-Jörg, S. 54 FN 140. Die Zitate legen auffälligerweise die Vorschrift des § 556 III BGB bedenkenlos zugrunde; unter den dem § 549 II BGB entsprechenden § 556 III BGB fällt aber nur die Fallgestaltung, bei der ein Ehegatte nach Abschluß des Mietvertrags in die Wohnung aufgenommen wird (§ 556 III BGB ist dogmatisch die Ergänzung zu § 549 II BGB, vgl. FN 94). Mieten jedoch beide Ehegatten die Wohnung an, unterzeichnet aber nur ein Ehegatte den Mietvertrag, findet § 549 II BGB und damit § 556 III BGB keine Anwendung. Die angeführten Zitate machen aber diesbezüglich keine Unterschiede. Sie unterstellen ihrer Ansicht wohl die erstgenannte Fallgestaltung. Vgl. auch BGHZ 40, 252 ff zu § 29 MSchG. Danach bedurfte die Untervermietung einer Erlaubnis des Vermieters. In dem von BGH zu entscheidenden Fall ging es um die Aufnahme der Ehefrau in die ehemals von einem Junggesellen gemietete Wohnung. Der BGH bejahte eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift, obwohl sie nur eine entgeltliche Untervermietung betraf, hier jedoch eine unentgeltliche Aufnahme in Betracht kam; vgl. dazu ausführlich Dreyer S. 53 f.

nach § 985 BGB gleichen sich ihrem Inhalt nach; beide sind auf die Übertragung des unmittelbaren Besitzes - auch Mitbesitzes[108] - vom Mieter auf den Vermieter (= Eigentümer) gerichtet.[109] Da es sich bei § 556 III BGB um eine gesetzliche Erweiterung der Rechte des Vermieters handelt,[110], richtet sich auch der unmittelbare Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Dritten nach § 556 III BGB auf Übertragung des unmittelbaren (Mit)Besitzes;[111] auch ohne vertragliche Beziehungen zwischen Vermieter und Drittem ist der Dritte zur Herausgabe des unmittelbaren Besitzes verpflichtet. Ausschlaggebend ist wiederum allein die Stellung als Besitzer.[112]

Neuerdings erreicht das OLG Hamm dasselbe Ergebnis auf anderem Wege.[113] Auf eine Differenzierung zwischen selbständigem und unselbständigem Mitgebrauch i.S. der dargestellten h.M.

---

108 Münchner Kommentar/Medicus § 985 Rdnr. 12; die Partner sind schlichte Mitbesitzer.

109 Roquette § 556 Rdnr. 11.

110 Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 37, unter Berufung auf die Protokolle II S. 190.

111 Inhaltlich entspricht die Herausgabepflicht des Dritten der des Hauptmieters, vgl. Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 49.

112 Die rechtliche Konstruktion des § 556 III BGB ist umstritten. Früher nahm man eine Art Besitzanspruch an; dagegen wird heute ein gesetzlicher Schuldbeitritt des Dritten zu der vertraglichen Rückgabeverpflichtung des Hauptmieters gesehen. Die rechtliche Konstruktion ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß der Dritte zur Herausgabe des unmittelbaren Besitzes verpflichtet bleibt (s.o.). Daher bezeichnet Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 37 den Streit um die rechtliche Konstruktion als rein terminologischen.

113 OLG Hamm NJW 1982, 2876 ff (sehr ausführlich); ihm folgend BGH NJW 1985, 130, der bei identischem Sachverhalt § 549 BGB stillschweigend

wird verzichtet, da diese wenig sinnvoll sei.[114] Unter § 549 II BGB soll danach jede auf Dauer angelegte Überlassung des Mitgebrauchs an einen Dritten fallen (Definition). Es ließ jedoch ausdrücklich offen, ob auch die Aufnahme von Familienangehörigen oder Bediensteten eine Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 549 II BGB darstellt. Bei der Aufnahme eines Bediensteten oder Pflegers soll aber eine Überlassung fehlen, da sie nach sachenrechtlicher(!) Zuordnung gem. § 855 BGB lediglich Besitzdiener seien. Die Aufnahme dieser Personen habe nach den Grundsätzen über den vertragsgemäßen Gebrauch gem. § 535 ff BGB zu erfolgen.

Diese Feststellung stützt die hier vertretene Ansicht. Denn auch das OLG Hamm beurteilt die Frage der Gebrauchsüberlassung offensichtlich nach sachenrechtlicher Zuordnung. Da nach der Vorlagefrage ein Eingehen auf die Familienangehörigen nicht erforderlich war, ist in konsequenter Fortsetzung der Argumentation des Gerichts davon auszugehen, daß auch der Ehefrau auf Grund ihres Mitbesitzes selbständiger Gebrauch i.S.d. § 549 II BGB überlassen wird.

---

zu Grunde legt und prüft; vgl. auch die Besprechung des BGH-Beschlusses von Emmerich JuS 1985, 233.

114 Das OLG Hamm (FN 113) stützt seine Ansicht auf den Wortlaut des § 549 BGB und den übrigen bei der Auslegung heranzuziehenden Kriterien (z.B. Stellung der Norm im gesetzlichen Zusammenhang, Sinn und Zweck des Gesetzes etc.).

Stellt man für die Frage der Gebrauchsüberlassung allein auf die besitzrechtliche Stellung der aufgenommenen Person in der Wohnung ab, kann auch weiterhin an der Differenzierung zwischen selbständigem und unselbständigem Gebrauch festgehalten werden; denn es enstprechen sich die Begriffspaare selbständiger (Mit)Gebrauch (§ 549 II §§ BGB) - Mitbesitz und unselbständiger Gebrauch (§ 535 BGB) - Besitzdiener. Das OLG Hamm differenziert letzendlich nach seiner vorgegebenen Definition (s.o.). Trifft sie auf die aufzunehmende Person zu, ist sie auch Besitzer. Trifft sie nicht zu - so z.B. auf Bedienstete oder Pfleger (s.o.) -, liegt Besitzdienerschaft vor. Dies bestätigt, daß auf die Besitzverhältnisse abzustellen ist.

Der vertragslose Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ist daher als Dritter i.S.d. §§ 549 II, 556 III BGB anzusehen. Dem Vermieter, der Nichteigentümer der vermieteten Wohnung ist, steht somit gegen den vertragslosen Partner der Herausgabeanspruch des § 556 III BGB zu. Er kann zur zwangsweisen Räumung der vermieteten Wohnung auf Grund der §§ 556 I, 556 III einen Titel gegen beide Partner erwirken (§§ 750, 885 I ZPO).[115] Pro-

115 Inkonsequent insofern Battes Rdnr. 161; obwohl er die Aufnahme des Partners nach den Grundsätzen des § 549 II BGB beurteilt, soll ein Titel gegen den vertragsschließenden Partner ausreichend sein. Fordert man zur zwangsweisen Räumung des Untermieters als Beispiel für die Anwendbarkeit des § 549 II BGB einen besonderen Räumungstitel, hat dies konsequenterweise auch für andere unter § 549 II BGB fallende Sachverhalte zu gelten.

zessual hat der Vermieter das Mietaufhebungsbegehren lediglich gegen den mietenden Partner zu richten, die Räumungsklage hingegen stets gegen beide Partner.[116] Sie sind bezüglich der Rückgabepflicht Gesamtschuldner.[117] In diesem Prozeß hat der vertraglose Partner keine eigenen Einwendungen, sondern er kann alle aus dem Vertrage des Hauptmieters mit dem Vermieter folgende Einwendungen geltend machen; denn der dem Hauptvermieter gegen den Hauptmieter zustehende vertragliche Herausgabeanspruch wird gegenüber dem Dritten erweitert (s.o.). Eine vertragliche Beziehung zwischen Drittem und Hauptmieter, wie etwa bei der Untermiete, ist nicht erforderlich; entscheidend ist allein die Tatsache der Gebrauchsüberlassung an Dritte.[118]

Gegen den Doppeltitel könnte aber ins Felde geführt werden, daß die Stellung des vertragslosen Partners im Prozeß nutzlos sei, wenn dieser keine eigenen Einwendungen geltend machen könne. Das Beispiel des Untermieters widerlegt diesen Einwand. Obwohl zwischen ihm und dem Hauptmieter vertragliche Beziehungen bestehen, kann er keine aus diesem Vertragsverhältnis hervorgehende Einwendungen dem Hauptvermieter entgegenhalten. Auch im Falle des Untermieters

---

116 Ebenso für eheähnliche Gemeinschaften, vgl. FN 8, für Ehegatten vgl. FN 22 und S. 84 ff.

117 Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 38.

118 Dies folgt aus der Tatsache, daß die Untermiete in § 549 II BGB

müßte folglich am Nutzen seiner Stellung im Prozeß gezweifelt werden. Dennoch soll er unstreitig die Einwendungen seines Hauptmieters gegenüber dem Hauptvermieter geltend machen können.[119] Prozeßökonomische Gründe stehen der hier vertretenen Ansicht ebensowenig entgegen. Denn beide Partner können zusammen als Gesamtschuldner verklagt werden (§ 59 ZPO); dabei entstehen weder besondere Kosten noch zusätzliche Arbeit.[120]

Der Vorteil des Doppeltitels besteht darin, daß die bisher bestehende Rechtsunsicherheit entfällt; der Kläger muß sich in Zukunft weder über die Frage Gedanken machen, ob sich der vertragslose Partner dem Urteil gegen den mietenden Partner fügen wird, noch braucht ihn die Frage zu beschäftigen, ob der "nur mitunterzeichnende" Partner Mitbesitzer ist oder nicht.[121] Dagegen wird ins Feld geführt, daß es übertriebener Formalismus sei, wenn man an einem Doppeltitel festhielte. Da der vertraglose Partner weder eigene Einwendungen geltend machen kann, noch zusätzliche Kosten verursacht, stellt sich die Frage nach dem Sinn und Zweck eines Doppeltitels.

---

nur exemplarisch aufgeführt ist; andere ähnliche Verhältnisse sind dadurch nicht ausgeschlossen vgl. Motive II, S. 396.

119 Soergel/Kummer § 556 Rdnr. 22.

120 Röhl S. 104; besondere Kosten entstehen nur, wenn zwei verschiedene Anwälte von den Partnern beauftragt werden; dies erscheint jedoch kaum als notwendig im Sinne des § 91 ZPO.

121 So im Fall des OLG Frankfurt JR 1970, 103; von einem "lästigen Verklagen beider Ehegatten" (Pohle ZZP 68 (1955), 278) kann daher nicht mehr gesprochen werden.

Dem steht aber entgegen, daß die bestehende Gesetzeslage und die Dogmatik der Räumungsvollstreckung einen Doppeltitel erfordern (s.o.). Es erscheint ein zu hoher Preis, unter Aufgabe grundlegender Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen (§ 750 ZPO) und der dogmatischen Struktur der Räumungsvollstreckung ausschließlich auf formalistische Gründe abzustellen. Da die Räumungsvollstreckung durch den Doppeltitel weder erschwert noch verhindert wird (s.o.), scheiden Praktikabilitätserwägungen, die gegen das Erfordernis eines Doppeltitels erhoben werden,[122] aus. Auch widerlegt das Beispiel des Untermieters diesen Einwand. Zur zwangsweisen Räumung fordert die h.M. einen Titel sowohl gegen Hauptmieter als auch gegen den Untermieter.[123] Da der vertragslose Partner dem Untermieter in der Räumungsvollstreckung besitzrechtlich gleichsteht, ist ein Titel auf Räumung gegen beide Partner erforderlich.

bbb) Die Erlaubniserteilung nach § 549 II BGB

Im folgenden soll zusätzlich kurz auf das Problem der Erlaubniserteilung[124] nach

---

122 Peters ZZP 91 (1978), 341; Hoffmann NJW 1968, 2328, der richtigerweise dogmatische Bedenken gegen die bisher herrschende Meinung vorbringt, jedoch aus Gründen der Effektivität und Praktikabilität daran festhalten will.

123 Vgl. FN 85.

124 Interessant in diesem Zusammenhang die Ansicht Raapes (Jherings Jahrbücher, Bd. 71 (1922), S. 97 ff). Danach soll die auf der Erlaubnis nach § 549 BGB beruhende Gebrauchs-(Besitz-)überlassung eine Verfügung sein, nämlich eine Stundung des Herausgabeanspruchs gem. § 556 III BGB (S. 103, 152, 172 ff, 184). Damit legt er dem

§ 549 II BGB bei Aufnahme des Partners in die Wohnung eingegangen werden. Auch für die Gegner der hier vertretenen Ansicht stellt sich dieses Problem; denn die Frage lautet, ob die Aufnahme des Partners noch vom Vertragszweck des § 535 BGB gedeckt wird, der Vermieter mithin ein eheähnliches Verhältnis in den Räumen dulden muß.

Die für beide Ansichten entscheidenden Kriterien sind das berechtigte Interesse des Mieters an der Aufnahme des Partners und die Zumutbarkeit dieser Aufnahme für den Vermieter. Liegen diese Kriterien nicht vor, führen beide Ansichten zu demselben Ziel: die Meinung, die auf § 535 BGB abstellt, gesteht dem Vermieter die Unterlassungsklage gem. § 550 und ggf. die fristlose Kündigung nach § 553 BGB zu;[125] der Vermieter hat gegenüber dem Mieter einen Anspruch auf Räumung gem. § 556, 985 BGB. Dieser Räumungsanspruch umfaßt die Pflicht des Mieters, auch für die Räumung des aufgenommenen Partners zu sorgen. Die Aufnahme des Partners ist in diesem Falle ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache.

Die hier vertretene Ansicht, die die Aufnahme des Partners nach § 549 II beurteilt, gelangt bei Erlaubnisverweigerung nach §

---

§ 549 II BGB eine sachenrechtliche Betrachtungsweise zugrunde. Insofern stimmt er mit der hier vertretenen Ansicht überein.

125 De Witt/Huffmann Rdnr. 103.

549 II BGB zur Kündigung nach den §§ 553,[126] 554 a,[127] 564 b II Nr. 1,[128] da die unbefugte Gebrauchsüberlassung einen vertragswidrigen Gebrauch im Sinne dieser Vorschriften darstellt. In diesem Fall hat der Vermieter sowohl gegen den Mieter nach §§ 985, 556 I BGB als auch gegen den aufgenommenen Partner nach §§ 556 III, 985 BGB einen Anspruch auf Räumung der Wohnung. Auch bei Vorliegen der Kriterien führen beide Ansichten zu demselben Ergebnis. Der Vermieter ist entweder zur vorbehaltlosen Aufnahme nach § 535 BGB oder zur Erlaubniserteilung nach § 549 II BGB verpflichtet.

Da beide Ansichten jeweils zu demselben Ergebnis führen, behandeln manche Autoren[129] diese Wertungsfrage richtigerweise unabhängig von dem Begriff der Gebrauchsüberlassung.

Unstreitig hat der Vermieter die Aufnahme von nahen Familienangehörigen in die Wohnung zu dulden.[130] Dazu gehören Verwandte, Verschwägerte oder der Ehepartner[131].

---

126 Die unbefugte Gebrauchsüberlassung an einen Dritten stellt einen gesetzlichen Anwendungsfall des vertragswidrigen Gebrauchs dar; Staudinger/Emmerich § 553 Rdnr. 29.

127 Schwab S. 78.

128 Battes Rdnr. 144.

129 Battes Rdnr. 146; De Witt/Huffmann Rdnr. 108.

130 Stellvertretend für alle: Soergel/Kummer § 535 Rdnr. 255.

131 Soergel/Kummer § 535 Rnd. 257; Müller, Klaus ZMR 1970, 292; er ist der Auffassung, daß die Ansicht, die nur die Aufnahme der nächsten Angehörigen für zulässig erachtet, nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. In der modernen Gesellschaft soll ein familienrechtlich relevantes Verhältnis nicht mehr allein ausschlaggebend sein. Er führt ausdrücklich die "wilde" Ehe an.

Da die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft weder durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft noch - mangels Eheschließung - durch die Ehe miteinander verbunden sind, handelt es sich bei der Aufnahme des vertraglosen Partners nicht um die Aufnahme von Familienangehörigen. Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, daß der mietende Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft mit gemeinsamen Kindern den vertraglosen Partner aufnimmt. Da die Kinder sowohl mit der Mutter als auch mit dem Vater verwandt sind (vgl. § 1589 BGB), handelt es sich dann bei der Aufnahme des vertragslosen Partners um eine Aufnahme eines Familienangehörigen, wenn das (minderjährige) Kind in Vertretung der Mutter den Mietvertrag unterzeichnen würde.[132] Denn nur das Kind verbindet die Eltern zu Familienangehörigen (vgl. § 1589 BGB), da die Eltern nicht den Begriff des Familienangehörigen erfüllen; sie sind weder verwandt noch verschwägert oder durch die Eheschließung miteinander verbunden.

Daher bedarf es der Prüfung vorstehender Kriterien.

Der mietende Partner hat sein berechtigtes Interesse darzulegen, weshalb er einen Partner, mit dem er zukünftig in eheähnlicher Gemeinschaft leben will, in seine gemietete Wohnung aufnimmt. Eine Ansicht betrachtet eheähnliche Gemeinschaften als eine prinzipiell gegen die guten Sitten

---

132 Diese rein theoretische Konstruktion scheitert wohl in der Praxis: ein Vermieter wird sich kaum darauf einlassen.

verstoßende gesellschaftliche Erscheinung[133] und verneint ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme. Nach einer anderen Ansicht können eheähnliche Gemeinschaften nicht als sittenwidrig disqualifiziert werden.[134] Da eheähnliche Gemeinschaften unter dem Schutz des Art. 2 I GG stehen,[135] kann der zuerst genannten Ansicht nicht gefolgt werden. Vielmehr muß ein berechtigtes Interesse schon dann angenommen werden, wenn der mietende Partner "im Rahmen seiner Lebensgestaltung aus persönlichen oder wirtschaftlichen Gründen mit dem Dritten eine auf Dauer angelegte Wohngemeinschaft begründen will".[136]

Die Moralauffassung des Vermieters spielt erst beim zweiten Kriterium, der Zumutbarkeit, eine Rolle.[137] Zu unterscheiden ist dabei,[138] ob der Vermieter selber im Hause

---

133 So LG Köln ZMR 1974, 141; dagegen Tondorf WuM 1974, 229 f. Vgl. auch OLG Hamm ZMR 1977, 241 ff; dagegen Scheepers ZMR 1978, 13. Abzulehnen ist auch die Entscheidung des AG Emden in JR 1976, 60, die einen Vertrag, der auf die Vermietung eines Doppelzimmers für etwas über vierzehn Tage an Verlobte gerichtet war, für sittenwidrig hält. Sie ist in neuerer Zeit ein Einzelfall geblieben. In der Literatur wird sie durchweg mit unterschiedlichen Begründungen abgelehnt: Lindacher JR 1976, 61 f; Peters, Frank NJW 1975, 1890; Schickedanz NJW 1975, 1890; Beer JuS 1977, 374.

134 BGH NJW 1985, 131; OLG Hamm NJW 1982, 2880; AG Mannheim ZMR 1972, 193.

135 Vgl. BGH NJW 1985, 131.

136 OLG Hamm NJW 1982, 2876 (2. LS).

137 Zu weitgehend daher Soergel/Kummer § 535 Rdnr. 259 und AG Weilheim WuM 1982, 193, die die Moralvorstellungen des Vermieters für unerheblich ansehen. Da die Frage nach der Aufnahme des Partners im Wege einer Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Mieters und der Zumutbarkeit des Vermieters zu beantworten ist, sind auf beiden Seiten sämtliche Gründe zu berücksichtigen; der Mieter ist aber nicht berechtigt, seine Moralauffassung über die des Vermieters zu stellen. Vielmehr muß eine gerechte Abwägung die Interessen beider Seiten einbeziehen.

138 S. ausführlich zu den Kriterien der Abwägung: De Witt/Huffmann Rdnr. 108 ff; Battes Rdnr. 149 ff; Schwab S. 78 ff.

wohnt oder nicht, ob die vermietete Wohnung auf dem Lande oder in einer Großstadt liegt. Wohnt z.B. der Vermieter auf dem Lande mit überwiegend konfessionell gebundener Bevölkerung und darüberhinaus in demselben Haus, spricht dies eher gegen die Zumutbarkeit, als wenn er nur eine Wohnung in der Großstadt vermietet und selber auf dem Lande lebt. Ferner ist entscheidend, ob das Zusammenleben in einer eheähnlichen Gemeinschaft den Hausfrieden stört;[139] so bei Belästigung der Mieter, weil sie Nachteile für die Kindererziehung befürchten etc.

Es läßt sich daher keine generelle Feststellung über die Aufnahme des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft treffen, maßgeblich ist vielmehr eine Entscheidung im Einzelfall. Doch geht die Tendenz in die Richtung einer Erlaubnispflicht.[139a]

Ergebnis: Sowohl mietender als auch nichtmietender Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft haben Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung. Das Mietaufhebungsbegehren ist gegen den mietenden Partner, die Räumungsklage gem. §§ 556 I, 556 III BGB gegen beide Partner zu richten. Zur zwangsweisen Räumung der gemeinsamen Wohnung bedarf es eines Titels gegen beide Partner (§§ 750 I, 885 I ZPO).

3) Ein Partner als Vertragspartner des Vermieters bei gleichzeitigem Einzug in die Wohnung mit dem anderen Partner

Die hier zu behandelnde Fallgestaltung unterschei-

---

139 Vgl. dazu die Entscheidungen bei Jeder S. 22 ff, die auf eine erhebliche Belästigung abstellen; diese soll bei jeder Störung des Hausfriedens gegeben sein.

139a Vgl. auch de Witt/Huffmann (Wilde Ehen) S. 22 ff (die Aufnahme des Partners in die Wohnung des Mieters habe der Vermieter in der Regel zu dulden).

det sich von der unter 1) behandelnden dadurch, daß der Vermieter nur mit einem Partner den Mietvertrag abschließt, von der unter 2), daß beide Partner gleichzeitig in die nur von einem Partner gemietete Wohnung einziehen.

a) Ausgangslage

Fraglich ist wiederum, ob zur zwangsweisen Räumung der Wohnung ein Titel gegen den mietenden Partner auch zur Vollstreckung gegen den nichtmietenden ausreicht oder ein Titel gegen beide Partner zu fordern ist. Unbestritten haben die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft auch in diesem Fall Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung[140]: Sowohl mietender als auch nichtmietender Partner üben die tatsächliche Gewalt über die Wohnung aus. Da die Partner Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung haben, ist nach der Regelung der §§ 750 I, 885 I, 886 ZPO ein Titel gegen beide Partner erforderlich. Die Ausführungen zu den Abschnitten 1) und 2) gelten entsprechend.

b) Anspruchsgrundlagen des Vermieters

Da der Vermieter gegen beide Partner einen Titel zu erwirken hat, stellt sich die Frage, welche Anspruchsgrundlagen dem Vermieter gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft auf Räumung der Wohnung zur Verfügung stehen.

aa) Der Vermieter als Eigentümer der vermieteten Wohnung

Steht die vermietete Wohnung im Eigentum des Vermieters, ergeben sich keine Probleme: die Räumungsklage nach § 985 BGB ist

---

140 Vgl. oben FN 34 und die Ausführungen im Text.

gegen beide Partner zu richten, das stattgebende Urteil kann durch den GV nach den §§ 750 I, 885 I ZPO gegen beide Partner vollstreckt werden. Daneben[141] steht dem Vermieter unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an der Wohnung zur zwangsweisen Räumung gegen den mietenden Partner § 556 I BGB zu. Da der Vermieter gegen den nichtmietenden Partner gem. § 985 BGB vorgehen kann, braucht in diesem Zusammenhang nicht darauf eingegangen zu werden, ob der Vermieter ggf. auch gem. § 556 III BGB gegen den nichtmietenden Partner vorgehen könnte.

bb) Der Vermieter ist nicht Eigentümer der Wohnung

Fraglich ist in diesem Zusammenhang allein, welche Anspruchsgrundlage dem Vermieter gegen den nichtmietenden Partner auf Räumung zur Verfügung steht.

aaa) Direkte Anwendung des § 556 III BGB?

Die Anwendung des § 556 BGB zugunsten des Vermieters scheint zunächst der eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift zu verbieten: weder ist der nichtmietende Partner Mieter i.S.d. § 556 I BGB noch wurde ihm der Gebrauch der Mietsache nach Abschluß

---

141 S. FN 92.

des Mietvertrages[142] von dem mietenden Partner überlassen i.S.d. § 556 III BGB.

Bei näherer Betrachtung drängen sich jedoch Ähnlichkeiten des hier zu behandelnden Sachverhalts mit § 556 III BGB auf: der nichtmietende Partner hat Mitbesitz an der Wohnung ohne Beteiligung am Hauptmietvertrag.

bbb) Analoge Anwendung des § 556 III BGB?

Daher stellt sich die Frage nach einer Analogie zu § 556 III BGB.[143]

αα) Lücke

Zunächst müßte für vorliegende Fallgestaltung eine Lücke bestehen. Der

---

142 Auch dann nicht, wenn ihm der Mieter unmittelbar nach Abschluß des Mietvertrages den Wohnungsschlüssel aushändigt. Wie später noch im Text auszuführen sein wird, bestehen bei der hier zu behandelnden Fallgestaltung zwei Möglichkeiten, dem Nichtmieter Mitbesitz an der Wohnung einzuräumen: entweder der Vermieter übergibt die Wohnung an beide Partner, indem er ihnen die Wohnungsschlüssel aushändigt, oder er räumt nur dem Mieter Besitz an der Wohnung ein, der wiederum dem Nichtmieter erlaubterweise Mitbesitz überträgt (der Vermieter hat eine Wohnung an eine eheähnliche Gemeinschaft vermietet und muß so mit der Aufnahme des Partners rechnen). § 549 II BGB findet aber keine Anwendung, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang mit dem Vertragsschluß besteht, BGH NJW 1985, 132; der BGH wollte damit dem naheliegenden Verdacht entgegentreten, daß der Mieter den Widerstand des Vermieters gegen die anfängliche Vermietung an eine Wohngemeinschaft erkannt oder erwartet hat und durch Verzögerung des Zusammenziehens den Widerstand des Vermieters zu umgehen versucht. Findet schon § 549 II BGB keine Anwendung, scheidet auch § 556 III BGB aus, da diese Norm dogmatisch eine Ergänzung zu § 549 II BGB darstellt, vgl. Text zu FN 94 (S. 110) und FN 107.

143 Vgl. zu den Voraussetzungen der Analogie oben Abschnitt III A 2c ccc.

hier zu behandelnde Fall, daß die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft zwar gemeinsam in die Wohnung einziehen, sie aber nur von einem Partner gemietet wird, wurde vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundsatzes unter die Regelung des § 556 I BGB gefaßt: da der Nichtmietende - in der Regel die Frau - lediglich als Besitzdiener galt, hatte der Mietende im Rahmen seiner Rückgabeverpflichtung nach § 556 I BGB dafür Sorge zu tragen, daß der Nichtmietende mit ihm die Wohnung räumte; eines besonderen Titels gegen den Nichtmietenden bedurfte es nicht, da dieser nur als Besitzdiener galt (§ 855 BGB). In der Zwischenzeit, spätestens nach dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundgesetzes, hat sich jedoch die rechtliche Bewertung der Besitzverhältnisse an der gemeinsamen Wohnung geändert: sowohl Mietender als auch Nichtmietender haben Mitbesitz an ihr, Besitzdiener sind weiterhin Minderjährige, Hausangestellte, Gäste etc.[144]

Die Regelung des § 556 III BGB wurde als Ausgleich für das Recht des Mieters geschaffen, bei berechtigtem Interesse nach Abschluß des Miet-

144 Vgl. die Ausführungen oben S. 113, 117.

vertragsRäume oder Teile davon weiter zu vermieten bzw. Mitgebrauch daran einzuräumen, so daß der Aufgenommene unmittelbaren Mitbesitz erhielt; denn ohne diese besondere Vorschrift hätte der Vermieter einen unmittelbaren Herausgabeanspruch nur dann, wenn er auf Grund seines Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts von jedem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen könnte (s.o.).

Die hier zu behandelnde Fallgestaltung kommt den Voraussetzungen zwar nahe, deckt sich aber nicht; es wird dem Zufall überlassen bleiben, ob der Vermieter, der nur mit einem Partner den Mietvertrag schließt, auch diesem zwei Schlüssel aushändigt und der Mietende dem Nichtmietenden anschließend den zweiten Schlüssel überreicht oder der Vermieter beiden Partnern bei Wohnungsübergabe je einen Schlüssel übergibt; daß der Vermieter je einen Schlüssel beiden Partnern bereit hält, liegt auf der Hand; da der Vermieter die Wohnung an eine eheähnlichen Gemeinschaft vermietet, ist ihm bekannt, daß beide Partner in die Wohnung ziehen.

Der erste Fall steht dem des § 556 III BGB bis auf die Zeitdauer nahe; der mietende Partner überläßt mit Übergabe des Wohnungsschlüssels dem

Nichtmietenden den Gebrauch der Wohnung;der zweite Fall kommt dem § 556 III BGB insofern nahe, als einem Dritten Mitgebrauch an der Wohnung überlassen wird, nicht jedoch vom Mieter, sondern vom Vermieter. Beide Fälle sind jedoch insoweit mit dem § 556 III BGB vergleichbar, als Mitbesitz an der Wohnung ohne Beteiligung am Hauptmietvertrag gegeben ist.

Es besteht somit eine nachträglich entstandene, offene Lücke.[145]

β) Normzweck

Der Normzweck[146] des § 556 III BGB entspricht praktischen Bedürfnissen. Ohne eine besondere Vorschrift hätte der Vermieter einen unmittelbaren Herausgabeanspruch nur dann, wenn er auf Grund seines Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts von jedem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen könnte.[147] Eben die-

---

145 Vgl. zu den Begriffen Larenz S. 362 ff.

146 S. zum Komplex des Normzwecks Munchner Kommentar/Voelskow § 556 Rndr. 36; Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 36 f; Soergel/Kummer § 556, Rdnr. 22; Protokolle II S. 190.

147 Darüberhinaus wäre der Vermieter andernfalls darauf angewiesen, sich etwaige Ansprüche des Mieters gegen den Untermieter abtreten oder im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen zu lassen. Dieses Mittel würde aber versagen, wenn der Mieter wie etwa bei fortbestehender Untervermietung noch nicht befugt wäre, seinerseits die Rückgabe der Sache zu verlangen. Dieser weitere Zweck wird jedoch nur für diejenigen Fälle relevant, die vertragliche Beziehungen zwischen Mieter und Dritten aufweisen. Dieser Aspekt ist jedoch für die Anwendung des § 556 III BGB nicht ausschlaggebend: zum einen spielen vertragliche Beziehungen zwischen Mieter und Dritten keine Rolle (s.o.), zum anderen ist die Anwendung des § 556 III BGB nicht auf die Untermieter beschränkt (s.o. FN 118).

ses praktische Bedürfnis besteht auch für den hier zu behandelnden Fall. Ohne die Vorschrift des § 556 III BGB könnte der Vermieter nur als Eigentümer gem. § 985 BGB gegen den Dritten vorgehen.[148] Daher rechtfertigt der Normzweck des § 556 III BGB eine analoge Anwendung auf vorstehenden Sachverhalt.

γ) Interessenlage

Schließlich könnte auch die Interessenlage die analoge Anwendung des § 556 III BGB rechtfertigen. Für den Fall des § 556 III BGB ist die Tatsache der Drittüberlassung[149] entscheidend. Ist richtigerweise auf die Situation vor Erhebung der Räumungsklage abzustellen, macht es keinen Unterschied, ob der Vermieter die Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 549 II BGB erlaubt hat oder dem Mieter bei Vertragsschluß gestattete, seinen Partner gleichzeitig aufzunehmen; kommt es auch hier entscheidend auf die Drittüberlassung an, hat sie zur Folge, daß dem Dritten unmittelbarer Mitbesitz an den Räumen eingeräumt wird, der jetzt nach §§ 885, 886 ZPO überwunden werden muß. Für die Stellung des Besitzers ist

148 Beachtenswert ist auch die Tatsache, daß der Absatz III des § 556 BGB im ersten Entwurf nicht enthalten war und erst während der Beratungen der zweiten Kommision eingeführt wurde, vgl. dazu Münchner Kommentar/ Voelskow § 556 Rdnr. 36 und die Protokolle II S. 189 f.

149 Roquette § 556 Rdnr. 17

es aber unerheblich, ob er von Anfang an oder nachträglich in die Wohnung aufgenommen wird.[150] Das Interesse des Vermieters geht dahin, einen nicht am Mietvertrag Beteiligten, dessen zwangsweise Räumung auf Grund seines Mitbesitzes einen besonderen Titel erfordert, auf Räumung verklagen zu können. Auch vom Standpunkt des Vermieters aus ist es unerheblich, ob er die Aufnahme sofort mit Einzug seines Mieters oder erst nachträglich gestattet. Schließlich beurteilt sich die Erteilung der Erlaubnis in beiden Fällen nach denselben Kriterien (s.o.). Auch der Inhalt des Anspruchs nach § 556 III BGB trifft auf die vorstehende Fallgestaltung zu; er stellt einen gesetzlichen Rückgabeanspruch[151] dar, gerichtet auf die Einräumung des unmittelbaren Besitzes.[152] Der vertragliche Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Mieter wird kraft Gesetzes gegen eine außerhalb des Vertragsverhältnisses stehende Person erweitert.

Ferner spricht für die hier vertretene Ansicht, daß die Grundsätze über

---

150 Ist im Extremfall die nachträgliche Aufnahme eines Partners nur von kurzer Dauer, so bestehen Zweifel an dessen Stellung als Besitzer. Diese setzt eine gewisse Dauer zur Sachbeziehung voraus; Baur § 7 B II 1 a bb).

151 Schmidt-Futterer/Blanck B 150.

152 Vgl. oben FN 109.

den Inhalt der Rückgabepflicht gem. § 556 III BGB herangezogen werden können, wenn Wohnraum auf Grund eines unwirksamen Vertrags überlassen worden ist,[153] da für diese Gebrauchsüberlassungen spezielle Vorschriften nicht vorhanden sind. Dann ist aber kein einleuchtender Grund ersichtlich, die Vorschrift des § 556 III BGB auf den vorstehenden Fall nicht analog anzuwenden; denn der Nichtmietende hat vor Erhebung der Räumungsklage dieselbe besitzrechtliche Stellung wie derjenige, dem auf Grund unwirksamen Vertrags der Gebrauch an der Wohnung überlassen wurde.[154]

Schließlich könnte die Anwendung der §§ 549 II, 556 BGB für den vorliegenden Fall ausgeschlossen sein, da der Mieter in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertragsschluß seinen Partner in die Wohnung aufnimmt. Damit sollte dem naheliegenden Verdacht entgegengetreten werden, daß der Mieter den Widerstand des Vermieters gegen die anfängliche Vermietung an eine Wohngemeinschaft erkannt oder erwartet hat und durch Verzögerung des Zusammenziehens den Widerstand des Vermieters zu um-

153 Schmidt-Futterer/Blanck B 120.

154 Ganz abgesehen davon, daß dem Nichtmieter ein Recht zum Besitz zur Seite steht, welches dem auf Grund unwirksamen Vertrags Besitzenden nicht zusteht. Zugegeben ist aber, daß es auf eine solche Besitzberechtigung im Zeitpunkt der Räumungsvollstreckung nicht mehr ankommt (s.o.).

gehen versucht hat. Vermietet der Vermieter jedoch eine Wohnung an eine eheähnliche Gemeinschaft, ist ihm die Existenz einer Wohngemeinschaft in der Wohnung bekannt. Dem obengenannten Verdacht braucht daher nicht entgegengetreten zu werden, so daß aus diesem Grunde die Interessenlage für eine analoge Anwendung des § 556 III BGB spricht.

Die Interessenlage des hier zu behandelnden Sachverhalts gebietet die analoge Anwendung des § 556 III BGB: entscheidend ist die Tatsache der Gebrauchsüberlassung an Dritte und das Fehlen einer speziellen Vorschrift zur zwangsweisen Räumung zugunsten des Vermieters für den Fall, daß er Nichteigentümer der Wohnung ist. Dem Nichtmietenden ist daher im Räumungsprozeß dieselbe Stellung wie dem Dritten i.S.d. § 556 III BGB einzuräumen.

Dem Vermieter steht somit in analoger Anwendung des § 556 III BGB ein Herausgabeanspruch gegen den nichtmietenden Partner zu.

ccc) § 861 BGB

Als weitere Anspruchsgrundlage könnte dem Vermieter gegen den Nichtmieter die possessorische Besitzschutzklage des § 861 I BGB zustehen. Voraussetzung dafür ist, daß dem Vermieter der Besitz

durch verbotene Eigenmacht vom Nichtmieter entzogen wurde. Die verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB liegt jedoch nur vor, wenn der Nichtmieter den unmittelbaren Besitz des Vermieters ohne dessen Willen beeinträchtigt.[155] Da der Nichtmieter mit Einwilligung des Vermieters (s. dazu sogleich ddd) den unmittelbaren Mitbesitz an der Wohnung erlangt und der Mieter, nicht jedoch der Vermieter, dem Nichtmieter unmittelbaren Mitbesitz an der Wohnung einräumt, scheidet eine Besitzentziehung durch den Nichtmieter im Sinne der verbotenen Eigenmacht aus. Dem Vermieter steht somit nicht die possessorische Besitzschutzklage gem. § 861 I BGB gegen den Nichtmieter zu.

ddd) § 1007 I BGB entsprechend

Ferner geben manche[156] dem Vermieter gegen den Nichtmeter einen Anspruch aus § 1007 I BGB entsprechend auf Räumung der Wohnung. Da der Inhalt des Anspruchs dem der Vindikation entspricht,[157] liegt eine entsprechende Anwendung nahe. Sie erscheint dennoch unhaltbar.

---

155 Vgl. dazu die Definition der verbotenen Eigenmacht RGZ 55, 55, 57; Staudinger/Bund § 858, Rdnr. 4.

156 So ausdrücklich Erman/Schopp § 556 Rdnr. 11 für eine nichtmietende Ehefrau; BGHZ 7, 215 ff; Breetzke NJW 1953, 735.

157 Staudinger/Gursky § 1007 Rdnr. 19

cc) Wortlaut

Zunächst gilt § 1007 I BGB seinem eindeutigen Wortlaut nach nur für bewegliche Sachen.[158]

Die abweichende Entscheidung des BGH[159] ist nur vor dem Hintergrund der durch das Ende des zweiten Weltkriegs und nach der Kapitulation eingetretenen Verhältnisse verständlich.[160] Selbst der BGH[161] führt ausdrücklich aus, daß nur für diese Fälle ein praktisches Bedürfnis bestehen kann, dem geschädigten Besitzer eine petitorische Besitzklage, wie sie in § 1007 BGB geregelt ist, zu geben. Mit Rücksicht auf dieses jetzt durch die Zeitverhältnisse entstandene Bedürfnis, dessen Fehlen in früherer Zeit für die Beschränkung des § 1007 BGB auf bewegliche Sachen maßgebend war, ist geboten, den in dieser Vorschrift enthaltenen Gedanken, daß der ältere bessere Besitzer gegen den jüngeren schlechteren rechtsschutzwürdig sei, auch dann auf Wohn- und Geschäftsräume entsprechend anzuwenden, wenn sie Teile einer unbeweglichen Sache sind".

---

158 Daraus wollen Staudinger/Gursky § 1007 Rdnr. 5 auf ein "implizites Analogieverbot" schließen, das eine Ausdehnung auf Immobilien verbietet.

159 S. FN 156.

160 Dadurch war eine rechtzeitige Geltendmachung des possessorischen Herausgabeanspruchs (§§ 861, 864 BGB) außerordentlich erschwert. Dazu besteht angesichts des § 861 BGB kein derartiges Bedürfnis.

161 BGHZ 7, 216 f.

β) Voraussetzungen des § 1007 I BGB

Schließlich treffen auch die Voraussetzungen des § 1007 I BGB auf den hier zu behandelnden Sachverhalt nicht zu. Denn der Nichtmietende müßte bei Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben gewesen sein. Dies bedeutet, daß er zu diesem Zeitpunkt objektiv kein Recht zum Besitz gehabt hat und in subjektiver Hinsicht diesen Umstand auch nicht gekannt bzw. nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat (vgl. § 932 II und § 1007 III 2 in Verbindung mit § 986 BGB).[162]

Der Nichtmieter hat ein Recht zum Besitz sowohl gegenüber dem Vermieter in dem Fall, daß ihm der Besitz durch den Vermieter durch Aushändigung des Zweitschlüssels eingeräumt wurde, als auch in dem Fall, daß ihm der mietende Partner den Schlüssel ausgehändigt hat. Im ersten Fall könnte seine Besitzberechtigung auf einer Willenseinigung mit dem mittelbaren Besitzer (Vermieter) beruhen, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist.[163] Dazu ist

---

162 Münchner Kommentar/Medicus § 1007 Rdnr. 5.

163 Staudinger/Gursky § 986 Rdnr. 10; er fordert jedoch zur Prüfung auf, ob sich etwa hinter der "einfachsten Gebrauchserlaubnis" nicht doch der konkludente Abschluß eines Leihvertrags verbirgt. Einerseits besteht der Vorteil eines solchen Leihvertrags in einem direkten Rückgabeanspruch gem. § 604 I-III BGB; andererseits sprechen gewichtige Gründe gegen dessen Eingehung: zum einen erscheint es für den Vermieter nicht nötig, neben einem Mietvertrag noch einen Leihvertrag abzu-

ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich; da der Vermieter die Wohnung an eine eheähnliche Gemeinschaft vermietete, obwohl nur ein Partner Mietvertragspartei ist, befindet sich der Nichtmietende mit Wissen und Wollen des Vermieters in der Wohnung. Diese Willenseinigung des Vermieters mit dem nichtmietenden Partner ist von dem Bestand des Mietvertrags abhängig. Andernfalls würde sich der Vermieter mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen (§ 242 BGB). Es wäre widersinnig, dem Nichtmieter durch Schlüsselübergabe Mitbesitz an der Wohnung einzuräumen, ohne ihm dazu die Erlaubnis zu geben, so daß er sich unberechtigterweise in der Wohnung aufhalten würde. Daher ist von einer Willenseinigung zwischen dem Vermieter und dem Nichtmieter auszugehen, nach der dem Nichtmietenden ein Recht zum Mitbesitz an der Wohnung eingeräumt wird, das in seinem Bestand von dem des Mieters abhängt.

Im zweiten Fall beruht das Recht zum Besitz des Nichtmietenden auf der

---

schließen; er hätte ja den Nichtmieter ebenfalls zur Mietvertragspartei durch Unterzeichnung des Mietvertrags machen können; zum anderen sind die Willenserklärungen des Vermieters und Nichtmieters eher als bloße Willenseinigung aufzufassen, die geringere Anforderungen an die Voraussetzungen der Willenserklärung knüpft: der Geschäftswille bezüglich des Abschlusses eines Leihvertrages wird wohl kaum festzustellen sein.

Tatsache, daß der Mieter mit Einwilligung des mittelbaren Besitzers (= Vermieter) - § 185 BGB analog -, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, dem Nichtmietenden im eigenen Namen Mitbesitz an der Wohnung einräumt;[164] auch dann liegt eine ununterbrochene Besitzrechtskette vom Eigentümer bis zum unmittelbaren Besitzer vor. Der Vermieter hat vom Eigentümer die Erlaubnis, weiter zu vermieten; handelt es sich um eine Wohnung für zwei Personen, kann der Vermieter wiederum, wenn er nur mit einem Partner den Mietvertrag abschließt, einwilligen, daß der mietende Partner seinen Partner in die Wohnung aufnimmt. Diese Einwilligung des Vermieters liegt konkludent darin, daß er dem Mieter die Wohnungsschlüssel einschließlich Zweitschlüssel übergibt; ist eine Wohnung aber an zwei Personen vermietet, wäre es lebensfremd,nur dem Mieter einen Wohnungsschlüssel auszuhändigen.

Der Nichtmieter hat somit ein Recht zum Besitz gegenüber dem Mieter; dieses ist wiederum in seinem Bestand von der Dauer der Besitzberechtigung des Mieters abhängig.

Da der Nichtmieter beim Erwerb des

---

164 Soergel/Mühl § 986 Rdnr. 6 für den Fall, daß der Dritte mit Einwilligung des Eigentümers im eigenen Namen den Besitz an der Sache überläßt.

Besitzes ein Recht zum Besitz gegenüber dem Vermieter bzw. dem Mieter hat, ist er in diesem Zeitpunkt gutgläubig. Daher scheitert eine Anwendung des § 1007 I BGB an den Voraussetzungen dieser Norm.[165]

eee) § 812 I 2 1. Alternative BGB

Schließlich könnte der Vermieter gegen den Nichtmieter einen Anspruch aus § 812 I 2 1. Altern. BGB auf Rückübertragung des Besitzes haben.[166]

Für den Fall, daß der Vermieter dem Nichtmieter den Besitz durch Schlüsselübergabe eingeräumt hat, findet § 812 I 2 1. Altern. BGB Anwendung; der Nichtmieter hat durch die Leistung des Vermieters den Mitbesitz erlangt; der Rechtsgrund liegt in der Willenseinigung (s.o.). Da diese mit Beendigung des Mietverhältnisses ebenfalls beendet wird (s.o.), ist der Rechtsgrund später weggefallen.

Räumt der Mieter dem Nichtmieter Besitz ein (2. Fall), gestaltet sich die Rückübertragung schwieriger; da der Nichtmieter Mitgewahrsam an der Wohnung hat (s.o.), ist dem Vermieter (= Gläubiger) auf dessen Antrag der Anspruch des Mieters auf Herausgabe der Wohnung zu überweisen, § 886

165 Eine Anwendung des § 1007 BGB lehnen ebenfalls ab: Staudinger/Gursky § 1007 Rdnr. 5 m.w.N.; Medicus AcP 165 (1965), 132; Münchner Kommentar/Medicus § 1007 Rdnr. 4; Dreyer S. 76.

166 Eine Besitzkondiktion anerkennen : Staudinger/Lorenz § 818 Rdnr. 30 und § 812 Rdnr. 72; BGH NJW 1953, 59; Erman/Westermann § 812 Rdnr. 7.

ZPO. Das vom Mieter eingeräumte Recht zum Besitz des Nichtmieters endet mit Wegfall des Mietverhältnisses zwischen Mieter und Vermieter (s.o.). Der Nichtmieter hat den Besitz vom Mieter durch Leistung erlangt. Daher ist der Nichtmieter gem. § 812 I 2 1. Altern. BGB zur Rückübertragung des Besitzes an den Mieter verpflichtet.[167] Dieser Anspruch ist dem Vermieter gem. § 886 ZPO zu überweisen. Dieser Weg ist für den Vermieter in der Praxis umständlich und zeitraubend. Da § 556 III BGB analog dem Vermieter zu demselben Ziel - Räumung des Nichtmieters - führt, ist der Gläubiger nicht auf den umständlichen Weg über § 812 I 2 1. Altern. BGB, 886 ZPO angewiesen.

---

167 Einen solchen Fall behandelt das LG Essen ZMR 1953, 117 f. Dabei ging es um den Fall der Räumung eines Zimmers, das einem erwachsenen Kind von den Eltern überlassen wurde. Das Gericht verneint vertragliche Regelungen zwischen Kind-Eltern und nimmt stattdessen eine "familiäre Übereinkunft ohne rechtsgeschäftlichen Charakter" an. Es stützt den Räumungsanspruch der Eltern gegen das Kind auf § 812 I 2 1. Altern. BGB, da der rechtliche Grund - die familiäre Übereinkunft als Gefälligkeit - infolge des Zerwürfnisses der Parteien später weggefallen sei. Diese Sachlage trifft auch auf den hier zu behandelnden Sachverhalt zu; denn dier Aufnahme des nichtmietenden Partners liegt lediglich eine bloße Gestattung des mietenden Partners zugrund, vgl. Munchener Kommentar/Voelskow vor § 535 Rdnr. 129. Daher kann der Mietende dem Aufgenommenen jederzeit das Recht zum Mitgebrauch entziehen und ihn gem. § 812 I 2 1. Altern. BGB aus der Wohnung "vertreiben". Die jederzeitige "Vertreibungsmöglichkeit" entspricht sachlich der Rückgabepflicht des Entleihers nach § 604 III BGB; denn die Aufnahme des Partners zur Eingehung einer eheähnlichen Gemeinschaft ist zwar auf Dauer angelegt, jedoch nicht zeitlich bestimmt. Dennoch erscheint die Konstruktion des Leihvertrags nicht zweifelsfrei, s.o. FN 163.

Ergebnis

Der Vermieter, der Nicheigentümer der Wohnung ist, hat demnach einen Anspruch gegen den Nichtmieter auf Räumung der Wohnung gem. § 556 III BGB analog oder § 812 I 2 1. Altern. BGB. Somit kann der Vermieter gegen den Nichtmieter in allen Fällen vorgehen.

2. Fallgruppe: Die Räumungsvollstreckung gegen die einzelnen Mitglieder von Wohngemeinschaften[168]

Die rechtliche Behandlung der Räumungsvollstreckung gegen Wohngemeinschaften gestaltet sich weniger schwierig als die gegen eheähnliche Gemeinschaften. Dies folgt aus der Tatsache, daß bei Wohngemeinschaften die Parallele eher zum Untermieter als zu Ehegatten nahe liegt; denn die Personen, die eine Wohngemeinschaft bilden, haben in der Regel Alleinbesitz an dem von ihnen bewohnten Raum, Mitbesitz nur an den gemeinsam benutzten Räumlichkeiten (Flur, Küche etc.).

Dennoch sind auch hier zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden.

1) Alle Mitglieder sind Hauptmieter

Die eine deckt sich mit der unter I B 1) gegebenen Definition: mehrere Personen mieten gemeinsam eine Wohnung. Der Vermieter hat in diesem Fall

---

168 Nach vorgegebener Definition fallen nicht darunter: Kommunen, Hausbesetzer und dergleichen (s.o.).

sowohl das Mietaufhebungsbegehren als auch die Räumungsklage gem. §§ 985, 556 I BGB[169] gegen sämtliche Bewohner zu richten.[170] Die Vollstrekkung aus dem der Räumungsklage stattgebenden Urteil betreibt der GV gem. den §§ 750 I, 885 I ZPO gegen alle Bewohner.

2) Ein Mitglied als Hauptmieter

Die andere Möglichkeit besteht darin, daß der Vermieter an den Mieter eine Wohnung vermietet mit der Befugnis, weitere Personen in die Wohnung aufzunehmen, mit denen der Mieter einen weiteren Mietvertrag abschließt und eine Wohngemeinschaft bildet. Da dem Vermieter bereits beim Abschluß des Mietvertrags mit dem die Wohnung anmietenden Mitglied der Plan der Weitervermietung bekannt ist, scheidet eine Weitervermietung im Sinne des § 548 BGB aus.[171]
Die Aufnahme weiterer Mieter wird durch den Vertragsinhalt des Mietverhältnisses mit dem anmietenden Mitglied gedeckt. Da sowohl der anmietende Mieter als auch die aufgenommenen Mieter Allein- bzw. Mitbesitz an der Wohnung haben, bedarf es dessen Überwindung gem. §§ 885, 886 ZPO eines Titels, § 750 ZPO. Der Vermieter kann von "seinem" Mieter die Räumung der in seinem Eigentum stehenden Wohnung verlangen. Schwieriger gestaltet sich das Vorgehen des Vermieters gegen die aufgenommenen Mitglieder. Steht die vermietete Wohnung im Eigentum des Vermieters, kann dieser gem. §§ 985 BGB, 885 I ZPO die Räumung der Wohnung von den aufgenommenen Mitgliedern verlangen.

Ist dagegen der Vermieter nicht Eigentümer der vermieteten Wohnung, könnte er gem. § 556 III BGB

169 S. FN 92.
170 Die Mieter sind dabei Gesamtschuldner, vgl. Staudinger/Sonnenschein § 556 Rdnr. 11.
171 S.o. FN 107, 142.

analog gegen die aufgenommenen Mitglieder vorgehen. § 556 I BGB hilft dem Vermieter nicht weiter, da die aufgenommenen Mitglieder nicht mit dem Vermieter, sondern nur mit dem die Wohnung anmietenden Mitglied vertraglich gebunden sind.Da sich der Fall der gleichzeitig aufgenommenen Mitglieder von dem des gleichzeitig aufgenommenen Partners (s.o. B 3) nicht unterscheidet, ist auf die obigen Ausführungen zu Lücke, Normzweck und Interessenlage des § 556 III BGB zu verweisen. Die analoge Anwendung ist danach auch auf den vorliegenden Fall der aufgenommenen Mitglieder einer Wohngemeinschaft gerechtfertigt. Der Vermieter hat somit gegen die aufgenommenen Mitglieder einen Anspruch auf Räumung der Wohnung nach § 556 III BGB analog.

Daneben könnte der Vermieter gem. § 556 I BGB, 886 ZPO gegen die aufgenommenen Mitglieder vorgehen. Da die Wohnung im Allein- bzw. Mitgewahrsam aller Mitglieder steht, ist dem Vermieter der Anspruch des mietenden Mitglieds gegen die aufgenommenen Mitglieder gem. § 556 I BGB nach § 886 ZPO zu überweisen. Diese Möglichkeit ist aber für die Praxis zu umständlich und zeitraubend.

Der Vermieter kann sonach gegen alle Mieter vorgehen und eine zwangsweise Räumung durchsetzen.

C. Das Problem der richterlichen Durchsuchungsanordnung nach Art. 13 GG, § 758 ZPO

Will der GV die Wohnung des Schuldners zum Zwecke der Zwangsvollstreckung nach § 758 I ZPO durchsuchen, erfordert Art. 13 II GG nach dem Beschluß des BVerfG vom 3.4.1979[1] eine besondere richterliche Durchsuchungsanordnung (DAO) für die Durchsuchung, § 761 analog.[2]

Da § 758 ZPO die Zwangsbefugnisse des GV für den gesamten Funktionsbereich innerhalb der Zwangsvollstreckung regelt, müßte danach eine richterliche DAO für alle Arten von Titeln erforderlich sein. Da die Entscheidung des BVerfG jedoch nur die DAO bei der Pfändung beweglicher Sachen betraf, herrscht darüber Streit. Im folgenden wird die Problematik der richterlichen DAO ausführlich nur bei der hier näher behandelten Pfändung beweglicher Sachen und der Räumungsvollstreckung besprochen.

1) Die richterliche Durchsuchungsanordnung in der Vollstreckung nach den §§ 808, 809 ZPO

Vor dem Beschluß des BVerfG wurde überwiegend die Meinung vertreten, daß die auf einem Zahlungstitel beruhende gerichtliche Anweisung an den GV zur Durchführung der Zwangsvollstreckung die stillschweigende Anordnung der Durchsuchung zum Zwecke der Pfändung beweglicher Sachen in der Wohnung des Schuldners

---

1 BVerfGE 51, 97 ff = DGVZ 1979, 115 ff; zu den Folgerungen vgl. Schmidt-Bleibtreu DB 1979, 494 ff.

2 Die analoge Anwendung des § 761 ZPO beantwortete die bisher umstrittene Frage, ob Durchsuchungen ohne Richteranordnung - wie sie zahlreiche Gesetze aus der Zeit vor Erlaß des GG kennen - auch nach Erlaß des GG zulässig geblieben sind. Das BVerfG lehnte vier von fünf vertretene Meinungen ab (s. dazu v. Münch Art. 13 Rdnr. 23 ff), erklärt insbesondere § 758 ZPO nicht für verfassungswidrig (a.A. Knemeyer NJW 1967, 1356), sondern nahm - ohne darauf Bezug zu nehmen - mit der fünften Meinung an, daß in diesen

enthalte; Art. 13 II GG sei durch die indirekt angeordnete Durchsuchung gewahrt.[3] Das BVerfG schloß sich aber in seinem Beschluß vom 3.4.1979 der Mindermeinung an und stellte klar, daß jegliche im Erkenntnisverfahren ergangene richterliche Entscheidung eine implizit angeordnete Durchsuchung nicht enthalte.[4] Die früher ergangene Entscheidung des BVerfG[5], auf die sich die h.M. für die Richtigkeit ihrer Ansicht berief - immerhin gab der amtliche Leitsatz den Schein ihrer Berechtigung -, steht jedoch nur scheinbar zu dem Beschluß von 1979 in Widerspruch. Denn der Durchsuchung ging ein amtsgerichtlicher Beschluß im Vollstreckungsverfahren voraus.[6] Heute hingegen ist verbindlich (§ 31 I BVerfGG) klargestellt, daß die Durchsuchung zum Zwecke der Pfändung beweglicher Sachen einer besonderen richterlichen DAO gegen den Schuldner bedarf.

a) Problemstellung

Problematisch und umstritten ist aber, ob eine richterliche DAO gegen den Schuldner ausreicht, wenn dieser nicht allein, sondern mit anderen Personen zusammen - Ehegatten, Partner eheähnlicher Gemeinschaften, etc. - in Wohngemeinschaft lebt.

Fällen Art. 13 II GG unmittelbar geltendes und anzuwendendes Recht sei, das § 758 ZPO dahin ergänze, daß die Durchsuchung, soweit nicht Gefahr im Verzug ist, der Anordnung durch den Richter bedürfe; das dabei einzuhaltende Verfahren könne ohne besondere Schwierigkeiten in Analogie zu dem Verfahren gem. § 761 ZPO gestaltet werden (BVerfGE 51, 114); St/J/Münzberg (19. Aufl.) § 758 I

3 OLG Düsseldorf NJW 1978, 221; Dagtoglou JuS 1975, 758; Schneider JurBüro 1979, 330 und DGVZ 1977, 72; Noack MDR 1967, 894; Amelung ZZP 88 (1975) 74 ff; Kühne S. 54 ff; Röhl S. 46 ff. A.A.: AG Geldern NJW 1977, 1243 f; Gentz S. 86.

4 BVerfGE 51, 112.

5 BVerfGE 16, 239.

6 Vgl. dazu Cirullies JurBüro 1984, 661 ff.

aa) Grundrechtsträger

Träger des Grundrechts aus Art. 13 I GG ist jeder Wohnungsinhaber ohne Rücksicht auf die rechtliche Stellung,[7] da die Wohnung, die tatsächlich bewohnten Räume, geschützt werden.[8] Es kommt also nicht auf das Eigentum, sondern auf den unmittelbaren Besitz an der Wohnung an.[9]

Damit ist eine Brücke von Art. 13 GG zum Vollstreckungsrecht geschlagen; denn der unmittelbare Besitz deckt sich mit dem Gewahrsam i.S. der ZPO[10]. Daher wird durch Art. 13 GG vollstreckungsrechtlich der Raumgewahrsam an der Wohnung geschützt. Dies bedeutet, daß jeder Gewahrsamsinhaber am bewohnten Raum Träger des Grundrechts aus Art. 13 GG ist.[11]

bb) Begriff der Wohnung im Sinne des Art. 13 GG

Der Begriff der Wohnung umfaßt außer der Wohnung im eigentlichen Sinne auch die Nebengelasse (z.B. Keller, Böden etc.).[12] Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß bei Ehe-

---

7 Umstritten ist, ob auch unberechtigte Wohnungsinhaber den Schutz des Art. 13 GG genießen, z.B. Mieter nach Kündigung, Hausbesetzer. Dafür: Model/Müller Art. 13 Anm. 1. Dagegen: Maunz/Dürig/Maunz Art. 13 Rdnr. 4; Baur/Stürner Rdnr. 92 ("rechtmäßige Bewohner"). Im folgenden soll von berechtigten Wohnungsinhaber ausgegangen werden.

8 Gusy, JuS 1980, 719 ("Schutzgut: ... Raum ..."); Model/Müller Art. 13, Anm. 1; Behr DGVZ 1980, 51; Gentz S. 54.

9 Wieczorek § 758 A I ("§ 758 ZPO zielt auf den Raumbesitz, auch unmittelbarer Mitraumbesitz"); v. Münch Art. 13 Rdnr. 13; Gentz S. 46.

10 S.o. Abschnitt III A 1) und III B 1).

11 Vgl. Guntau DGVZ 1982, 18 ("auch im Haushalt lebende erwachsene Kinder"); Model/Müller Art. 13 Anm. 1 will auch einem Minderjährigen den Schutz aus Art. 13 gewähren, wenn dieser Wohnungsinnaber ist (Mieter/Eigentümer).

12 Seifert/Hömig Art. 13 Rdnr. 4.

gatten beide Ehepartner, bei Zusammenleben in einer eheähnlichen Gemeinschaft oder in sonstiger partnerschaftlicher Form sämtliche Partner an den gemeinsam benutzten Räumen jeder für sich das Grundrecht aus Art. 13 GG in Anspruch nehmen kann.[13]

cc) Begriff der Durchsuchung im Sinne des Art. 13 GG

Eine besondere richterliche DAO ist aber nur für Durchsuchungen der Wohnung notwendig; dafür ist nach dem BVerfG[14] kennzeichnend "das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will". Eine Durchsuchung liegt somit schon dann vor, "wenn der Vollziehungsbeamte durch die Wohnung des Schuldners geht, um, ohne auch nur einen Gegenstand zu berühren, festzustellen, ob und welches pfändbare Vermögen dort - auch sichtbar - aufbewahrt ist".[15]

---

13 Guntau DGVZ 1982, 18; Rogalski AnwBl. 1983, 363 (Mitbesitz an der Wohnung).

14 BVerfGE 51, 106 f.

15 So richtig Rößler NJW 1979, 2138. Dagegen bedarf der GV zum bloßen Betreten keiner DAO. A.A. Gentz S. 70 f; er meint, daß jedes Betreten der Wohnung durch ein Staatsorgan bereits eine Durchsuchung sei, daß sich das staatliche Handeln niemals im Betreten erschöpfe und sich daraus jeweils eine - wie auch immer geartete - "Suche" anschließe; ebenso Bonner Kommentar Art. 13 Rdnr. 71 ff; Schrader/Steinert Rdnr. 1304; konsequenterweise bedarf danach der GV auch zum bloßen Betreten einer richterlichen DAO. Aus dem klaren Wortlaut des Art. 13 II und der Gegenüberstellung in Art. 13 III (Eingriff und Beschränkungen) folgt aber, daß das Betreten keiner richterlichen Ermächtigung bedarf (Maunz/Dürig/Maunz Art. 13 Rdnr. 13; Rößler NJW 1979, 2137; St/J/Münzberg § 758 Rdnr. 2). Vielmehr folgt die Berechtigung des GV zum Betreten der Wohnung aus Art. 13 III (St/J/Münzberg § 758 Rdnr. 2: "Soweit man im Betreten der Wohnung Eingriffe sieht, erfüllen die §§ 758, 808 ZPO die Voraussetzungen des

Will der GV folglich Feststellungen in den vom Schuldner nicht allein bewohnten Räumen über pfändbare Gegenstände treffen, durchsucht er neben der Wohnung des Schuldners auch die des Dritten. Dazu erfordert Art. 13 II GG aber eine richterliche DAO. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Dritte in die Durchsuchung einwilligt und er damit auf den Schutz des Art. 13 II GG verzichtet.[16] Die Einwilligung ist aber nur beachtlich, wenn sie vom Berechtigten persönlich, ausdrücklich und freiwillig erklärt wird sowie sich auf einen konkreten Eingriff bezieht.[17] Somit ergibt sich die Notwendigkeit einer richterlichen DAO nur für die Fälle, in denen der Schuldner oder der Dritte seine Einwilligung zur Durchsuchung der Wohnung verweigert.[18]

Soweit ersichtlich, ging das BVerfG auf dieses Problem bis heute nicht ein; die Entscheidung im Jahre 1979 gab dazu keinen Anlaß, da der Schuldner ein Junggeselle war. In der Entscheidung des BVerfG von

---

Art. 13 III"). Da jedoch ein einfaches Gesetz in der ZPO, das dem GV das Betreten der von einem Dritten mitbenutzen Wohnung gestattet, nicht existiert, kann er auch ohne Gesetzesvorbehalt unter dem ungeschriebenen Gemeinwohlvorbehalt einschreiten. Ebenso wie der Schornsteinfeger gegen den Willen des Wohnungsinhabers die Wohnung betreten darf, darf dies auch der GV, vgl. dazu näher Maunz/Dürig/Maunz Art. 13 Rdnr. 22 a.

16 Ein Verzicht ist möglich; vgl. Schubert MDR 1980, 365; Langheid MDR 1980, 22; Gentz S. 38 ff; Seifert/Hömig Art. 13 Rdnr. 5.

17 Dagtoglou JuS 1975, 755; v. Münch Art. 13 Rdnr. 15; Rößler NJW 1979, 2137.

18 LG Düsseldorf DGVZ 1983, 14; AG Reutlingen JurBüro 1979, 1569 f mit Anm. Mümmler; KG ZIP 1983, 499; Ganschezian-Finck MDR 1980, 805 f; Seip

1981[19], die das frühere Erkenntnis bestätigte, verhinderte die Ehefrau des Schuldners die Pfändung beweglicher Sachen unter Berufung auf Art. 13 II GG; das Gericht ging aber nicht der Frage nach, ob die gegen den Schuldner erlassene DAO auch gegen die Ehefrau als Grundrechtsträgerin aus Art. 13 GG ausreichend und genügend war. Zu entscheiden hatte es vielmehr über den Prüfungsumfang des Richters und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) vor Erlaß der DAO.

Daher ist das Problem umstritten.

b) Die bisher vertretenen Meinungen

Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, daß der GV eine gegen den Schuldner richterlich angeordnete Durchsuchung auch ohne Einwilligung des Dritten und gegen dessen Widerspruch durchzuführen hat.[20] Die Gegenansicht erkennt zwar die Notwendigkeit einer richterlichen DAO auch gegenüber dem Dritten an, versagt sie aber mangels gesetzlicher Grundlage und erklärt die dennoch erfolgte Durchsuchung für

---

DGVZ 1979, 98 ff, 101; Hupe JurBüro 1979, 1439; Mümmler JurBüro 1979, 1441 in Anm.; Schrader/Steinert Rdnr. 632.

19 BVerfGE 57, 3467.

20 Vgl. die Streitübersicht bei Hemmerich DGVZ 1982, 88 ff und Guntau DGVZ 1982, 18 ff. Aus der Rechtsprechung: LG Hamburg NJW 1985, 72 ff und DGVZ 1984, 111 ff; LG München DGVZ 1984, 117; OVG Lüneburg NJW 1984, 1369 f; LG Hannover DGVZ 1983, 23 f; AG Stuttgart NJW 1982, 389; LG Koblenz DGVZ 1982, 90 f; AG Berlin-Charlottenburg DGVZ 1982, 189 f; LG Wiesbaden DGVZ 1981, 60 f; LG Lübeck DGVZ 1981, 25 f; OLG Stuttgart

verfassungswidrig.[21]

Beide Ansichten überzeugen in ihren Begründungen nicht; sie bewegen sich zu sehr in Extremen, wie im folgenden zu zeigen sein wird.

Nahezu unbestritten gilt eine auch vom Schuldner nicht allein genutzte Unterkunft als eine "Wohnung des Schuldners" i.S.d. § 758 I ZPO.[22] Die vereinzelt gebliebene Ansicht,[23] nur eine vom Schuldner allein genutzte Wohnung falle unter § 758 I ZPO, überzeugt auf Grund ihrer formal juristischen Spitzfindigkeit nicht. Denn auch die Mitbenutzung der Wohnung durch Dritte ändert nichts an der Tatsache, daß sie eine Wohnung des Schuldners darstellt. Umgekehrt darf aber daraus nicht geschlossen werden, daß die Durchsuchung der gemeinsamen Wohnung zulässig sei. § 758 I ZPO erlaubt zwar die Durchsuchung der Wohnung des Schuldners; sie findet aber in Art. 13 GG ihre Grenze, wenn die Wohnung von Dritten mitbenutzt wird. Denn auch der Dritte genießt als Wohnungsinhaber den Schutz des Art. 13 GG (s.o.). § 758 I ZPO ist in seiner derzeitigen Fassung keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage nach Art. 13 II GG zur Durchsuchung der von einem Dritten mitbenutzten Wohnung.[24] Der Dritte bleibt auch dann

---

RPfl 1981, 152; AG München DGVZ 1981, 126 und DGVZ 1980, 63.
Aus der Literatur: Scheld DGVZ 1983, 71 f; Kleemann DGVZ 1980, 6; Schneider NJW 1980, 2380 f; Behr DGVZ 1980, 52 in FN 28; Noack ZMR 1980, 130; Bischof ZIP 1983, 527 f; Sturm WM 1981, 17; Frank JurBüro 1983, 816.

21 Aus der Rechtsprechung: LG und AG München DGVZ 1982, 152 ff und DGVZ 1981, 117 ff; AG Essen DGVZ 1981, 158 f; AG München DGVZ 1979, 156 f.
Aus der Literatur: Pawlowski NJW 1981, 670 und DGVZ 1976, 38 f; Kottmann DÖV 1980, 902.

22 St/J/Münzberg § 808 Rdnr. 18; vgl. im übrigen die FN 20 und 21.

23 AG Essen DGVZ 1981, 158.

24 So aber Baur/Stürner Rdnr. 92; eine Begründung bleiben sie indessen schuldig; vgl. zu den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts in Art. 13 II GG: Gentz S. 71 ff; Art. 13 II selbst als Eingriffsgrundlage anzusehen, schei-

geschützter Dritte im Sinne des Zwangsvollstreckungsrechts, wenn er gemeinsam mit dem Schuldner Gewahrsamsinhaber ist; dies ergibt sich für den Sachgewahrsam aus § 809 ZPO,[25] für den Raumgewahrsam aus § 886 ZPO.[25]

Ernst zu nehmen ist jedoch die Ansicht der Mindermeinung,[26] der GV dürfe nur auf Grund eines Titels gegen den Dritten gewaltsam vorgehen, § 750 ZPO. Durch die Durchsuchung würden zwangsläufig die Mitbewohner betroffen, so daß im Ergebnis auch gegen sie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durchgeführt würden. Hierfür fehle aber eine gesetzliche Grundlage, da § 758 I ZPO nur die Wohnung des Schuldners betreffe.

Die h.M. will diesem Argument ihre "stichhaltige Begründung"[27] versagen, da § 750 ZPO lediglich bedeute, daß ein die Zwangsvollstrekkung gegen den Schuldner ermöglichender Vollstreckungstitel vorliegen müsse. Dritte müßten sie benachteiligende Nebenwirkungen von rechtmä-

---

tert an deren Voraussetzungen; Art. 13 II ist viel zu unbestimmt. Denn II trifft nur Bestimmungen über die Anordnung, nicht aber über die Voraussetzungen einer Durchsuchung; vgl. dagegen Art. 13 III. Daher kann Art. 13 II keinesfalls dahin ausgelegt werden, daß der Richter nach freiem Ermessen, gebunden durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - von sich aus Durchsuchungen anordnen kann.

25 Noack KKZ 1975, 201; vgl. im übrigen Abschnitt III A und III B.

26 LG und AG München DGVZ 1981, 119 und DGVZ 1982, 126; AG Stuttgart NJW 1982, 389; Pawlowski NJW 1981, 670.

27 LG Hamburg NJW 1985, 73.

ßigen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Rahmen der Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts ohne einen gegen sie gerichteten Titel hinnehmen, wie sich aus mehreren Vorschriften z.B. §§ 840, 739 ZPO ergebe. Zu derartigen unvermeidbaren Nebenwirkungen einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Zwangsvollstreckung seien aber auch die Belästigungen und Unbequemlichkeiten zu rechnen, die für Mitbewohner entständen, wenn der GV gegenüber dem Schuldner von seinen in § 758 ZPO vorgesehenen Befugnissen Gebrauch mache. In § 758 ZPO werde unausgesprochen vorausgesetzt, daß ein Vollstrekkungstitel gegen den Schuldner genüge.[28] Art. 13 II GG, § 758 ZPO setze nicht nur den Rechtspositionen des Schuldners Grenzen, sondern für alle Rechtssubjekte, die hierdurch in ihrem Wohnbereich gestört würden. Es sei auch nicht ersichtlich, daß es für den Gläubiger eine Möglichkeit geben könnte, einen Titel gegen die Mitbewohner auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu erlangen.[29]

Diese Argumente der h.M. überzeugen jedoch nicht. Die an der Zwangsvollstreckung unbeteiligten Dritten haben zwar Nebenwirkungen zu dulden. Diese sind aber gesetzlich angeordnet (vgl. die Beispiele

---

28 OLG Stuttgart RPfl. 1981, 152; Noack JurBüro 1980, 1136; Schneider NJW 1980, 2380 f.

29 LG Hamburg NJW 1985, 73; AG München DGVZ 1980, 63; LG München DGVZ 1984, 118 f, St/J/Münzberg § 808 Nr. 62.

oben). Für die hier auftretenden Unbequemlichkeiten der Mitbewohner gibt es aber keine derartige Bestimmung. Insofern ist die Argumentation des LG Hamburg widersprüchlich. Auf der einen Seite will es dem Art. 13 II GG entnehmen, daß die mit der Wohnungsdurchsuchung verbundenen staatlichen Eingriffe nicht abgewehrt werden dürften, sondern hingenommen werden müßten, sofern sie auf Grund eines Gesetzes richterlich angeordnet seien. Auf der anderen Seite trifft diese Argumentation nur auf den Schuldner zu, in dessen Raumgewahrsam gem. § 758 I ZPO eingegriffen werden kann. Der Eingriff in den Raumgewahrsam des Dritten soll dagegen in § 758 I ZPO unausgesprochen vorausgesetzt werden.[30] Wollte man dennoch der h.M. folgen, ginge die staatliche Gewalt ohne eine nach dem Gesetzesvorbehalt des Art. 13 II GG erforderliche Ermächtigungsgrundlage gegen die Dritten vor. Denn der Dritte wird durch hoheitliches Handeln des GV beeinträchtigt. Zwar richtet sich die Durchsuchung nur gegen den Schuldner. Bei untrennbar gemeinsamem Wohnen greift sie aber zwangsläufig auch in die Rechtssphäre - Raum - des Dritten ein. Abzustellen ist auf den Raumbesitz bzw. -gewahrsam an der Wohnung, da Art. 13 I GG den räumlichen Herrschaftsbereich schützt (s.o.).[31] Die Durchsuchung nach § 758 I ZPO stellt aber eine Zwangsvollstreckungs-

---

30 Insofern widerspricht sich das LG Hamburg nochmals; denn oben wurde ausgeführt, daß § 758 ZPO unausgesprochen Nebenwirkungen voraussetze; es gibt damit selbst zu, daß gesetzliche Regelungen bezüglich der Durchsuchung einer gemeinsamen Wohnung nicht bestehen. Hier wiederum soll ein staatlicher Eingriff nur dann hingenommen werden, sofern er auf Grund eines Gesetzes richterlich angeordnet wird.

31 AG Stuttgart NJW 1982, 389 irrt, wenn es meint, daß der Besitz nicht mit dem durch Art. 13 GG geschützten Rechtsgut identisch sei; richtig ist diese Ansicht nur bezüglich des Sachbesitzes an den zu pfändenden Sachen; s. zur Vermengung von Sach- und Raumbesitz später.

maßnahme dar.[32] Wie aus der Gesetzessystematik ersichtlich, regelt § 750 ZPO die Voraussetzungen des Beginns der Zwangsvollstreckung. Der hinter ihm stehende § 758 ZPO gibt dem GV Befugnisse, die einmal begonnene Zwangsvollstreckung durchzuführen. Daraus folgt aber, daß ohne Titel eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme nicht vorgenommen werden kann. Dies beruht wiederum auf dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG), dem Gesetzesvorbehalt, nach dem ein Eingriff hoheitlichen Handelns durch eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage gedeckt sein muß. Danach ist der h.M. zwar zuzugeben, daß ein Dritter Nebenwirkungen dulden muß. Diese müssen aber, wie z.B. in §§ 840, 739 ZPO, gesetzlich angeordnet sein. Aus diesem Grund kann § 758 I ZPO auch nicht unausgesprochen voraussetzen, daß ein Vollstreckungstitel gegen den Schuldner genügt.

Richtig ist jedoch die Ansicht, daß der Gläubiger einen Titel gegen die Mitbewohner auf Duldung der Zwangsvollstreckung nicht erlangen kann. Wie oben Abschnitt III A 2b) ausgeführt, widerspricht es dem Wesen des Duldungstitels, mit seiner Hilfe ausschließlich Mitgewahrsam zu überwinden. Ferner geht es bei den gesetzlich angeordneten Duldungsfällen um die Überwindung des Sachgewahrsams, hier jedoch steht die des Raumgewahrsams in Frage.

Somit ist der Minderansicht beizupflichten, daß ein gewaltsames Vorgehen des GV ohne DAO gegen den Dritten gem. §§ 750, 758 ZPO unzulässig ist.[33]

Abzulehnen ist jedoch die Argumentation der Minder-

---

32 Vgl. LG Düsseldorf DGVZ 1983, 14 bezüglich der Anordnung; stellt aber schon die Anordnung eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme dar, gilt dies erst recht für die Durchsuchung.

33 S. FN 26 und Guntau DGVZ 1982, 18; Amelung ZZP 88, 96.

ansicht, die Widerspruchsrechte der Mitbewohner aus § 809 ZPO abzuleiten. Nach § 808 sei nur die Pfändung einer im Alleingewahrsam des Schuldners befindlichen Sache möglich; dagegen sei die in § 809 ZPO vorgesehene Zustimmung eines anderen Gewahrsamsinhaber nicht nur bei Alleingewahrsam des Dritten, sondern schon bei dessen Mitgewahrsam erforderlich. Diese Rechtsauffassung müsse dahingehen verallgemeinert werden, daß in Räumen, die der Schuldner mit dem Dritten teile, eine Zwangsvollstreckung ohne Zustimmung Dritter unzulässig sei.[34]

Diese Ansicht vermengt Sach- und Raumgewahrsam.

Wie oben ausgeführt, greift die Durchsuchung des GV in den Raumgewahrsam des Dritten ein. §§ 808, 809 ZPO behandeln aber nur die Pfändung beweglicher Sachen.[35] Von Raumgewahrsam ist nicht die Rede. Dies ergibt sich daraus, daß Raumgewahrsam und Sachgewahrsam scharf voneinander zu trennen sind.[36] Denn der Schuldner kann sehr wohl Alleingewahrsam an Sachen haben, die sich im Mitraumgewahrsam befinden. § 809 ZPO betrifft aber eine andere Frage (s.o.) und steht deshalb nicht entgegen, da es hier nicht um das Recht der Pfändung einer in Besitz oder Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sache geht, "sondern darum handelt, ob der GV behufs Vornahme der Pfändung das Besitzthum eines Dritten betreten dürfe".[37] Insofern ist dem LG Hamburg[38] zuzustimmen, das die Rechtsähnlichkeit der in § 809 ZPO und

---

34 S. FN 21.
35 St/J/Münzberg § 808 Rdnr. 1; Wieczorek § 808 A I; Baur/Stürner Rdnr. 444.
36 So schon Kabisch DGVZ 1963, 19; vgl. im übrigen Abschnitt III A 1), B 1).
37 So schon OLG München im Jahre 1888, BlfRA 54, 44; Noack KKZ 1979, 159 (§ 809 schützt den Gewahrsam des Dritten und nicht seine Wohnung".);
38 NJW 1985, 73

§ 758 ZPO geregelten Sachverhalte verneint.[39]

Ihm ist jedoch in der Annahme zu widersprechen, daß der GV nicht durch einen aus § 809 ZPO abgeleiteten Widerspruch daran gehindert werden könne, die Wohnung zu durchsuchen, da er dem Gläubiger die Möglichkeit verschaffen müsse, bei bestehendem Mitgewahrsam etwaige Ansprüche des Schuldners gegen seine Mitbewohner auf Herausgabe des Gegenstandes nach § 847 ZPO zu pfänden. Der GV müsse hierzu bei der Durchsuchung Feststellungen[40] treffen.

Schon diese Feststellungen erfüllen doch die Voraussetzungen der Durchsuchung (s.o.). § 809 ZPO rechtfertigt im Hinblick auf diese Möglichkeit keinen Eingriff in den Raumgewahrsam (s.o.). Wie das LG Hamburg[41] selbst anführt, ist Raum- und Sachgewahrsam scharf zu trennen. Leider führt es diesen Gedanken nicht konsequent fort.

Unrichtig erscheint daher auch die Ansicht,[42] daß § 739 ZPO verfassungswidrig sei, da der Mitgewahr-

---

39 Die notwendige Unterscheidung von Raum- und Sachgewahrsam wird aber auch von den Vertretern der h.M. nicht konsequent beachtet; vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 758 3) A b (die Grenzen "der Befugnisse des Gerichtsvollziehers ergeben sich aus § 809"); Langheid MDR 1980, 22 (der GV dürfe Räume Dritter nicht ohne deren Einwilligung betreten, § 809 ZPO); Kühne S. 73.Rogalski AnwBl. 1983, 363 erkennt zwar richtig, daß es für die Pfändung nicht auf den Besitz an den Räumen, sondern auf den Besitz an den zu pfändenden Gegenständen ankommt. Dennoch leugnet sie eine Betroffenheit der Mitbewohner.

40 Insbesondere LG Wiesbaden DGVZ 1980, 60; LG Koblenz DGVZ 1982, 90 f.

41 NJW 1985, 73.

42 LG Hannover DGVZ 1983, 24; Seip DGVZ 1981, 120; vgl. hierzu die sich widersprechende Kommentierung bei Wieczorek; so soll in der Anm. zu § 739 G II a 2 § 739 richtigerweise nicht für den Raumbesitz gelten; dagegen läßt er in der Anm. A I a 2 zu § 758 ein Vorgehen des GV gegen die Gatten ohne Titel zu unter ausdrücklicher Berufung auf

sam des Dritten über Art. 13 GG geschützt sei und deshalb unverheiratete gegenüber verheirateten Partnern privilegiert würden.

Diese Ansicht vermengt ebenfalls Sach- und Raumgewahrsam. Denn durch Art. 13 GG ist der Mitgewahrsam am Raum geschützt. § 739 hingegen betrifft die andere Frage, ob der Mitgewahrsam an der zu pfändenden beweglichen Sache (vgl. § 1362 BGB) der Zwangsvollstreckung entgegensteht.

Schließlich wird nur die Gegenansicht[43] dem durch den Beschluß des BVerfG geforderten Verständnis des Art. 13 GG gerecht.

Nach der h.M. liegt in der gemeinschaftlichen Anmietung oder Nutzung einer Wohnung durch eine Personenmehrheit eine freiwillige Rechtsbeschränkung des jeweils einen zugunsten des anderen Mitbewohners. Mit dem Hinweis auf § 866 BGB soll danach der GV ein Besucher des Schuldners sein, der sein Aufenthaltsrecht gegenüber den Mitbewohnern vom Wohnrecht des Schuldners ableitet.[44]

---

§ 739, auch wenn der andere (Nicht-Titelschuldner) den Raumbesitz habe. Richtig hingegen Noack KKZ 1979, 179 f; für ihn stellt sich die Frage, ob auf Grund der Gewahrsamsunterstellung in § 739 die Wohnung der Ehegatten betreten werden könne; er geht dabei von der Annahme aus, daß der lediglich unterstellte Gewahrsam den Herrschaftsbereich in örtlicher Beziehung nicht erweitert; konsequenterweise kommt er zum Ergebnis, daß der GV bereits nach formellem Vollstreckungsrecht nicht die Befugnis habe, die dem Schuldner nicht allein gehörige Wohnung zu betreten, dem GV daher nur der Weg bleibe, den Anspruch des Schuldners auf Zugang zum Raum zu pfänden und sich überweisen zu lassen; LG München DGVZ 1984, 118 (§§ 739 ZPO, 1362 BGB könnten außer Betracht bleiben).

43 Vgl. FN 21.

44 Aus der Rechtsprechung: AG Stuttgart NJW 1982, 389; LG Lübeck DGVZ 1981, 26. Aus der Literatur: Kleemann DGVZ 1980, 6; Schneider NJW 1980, 2381; Behr DGVZ 1980, 52 FN 28; Noack ZMR 1980, 130; Bischof ZIP 1983, 528; Frank JurBüro 1983, 316; Rogalski AnwBl. 1983, 363; Zöller/Stöber § 758 Rdnr. 5; so auch schon LG Dresden JW 1935, 816; Hein S. 60.

Da an Art. 13 GG ein strenger Maßstab anzulegen ist, führt die freiwillige Rechtsbeschränkung nicht zu einem Verzicht auf den Schutz des Art. 13 GG. Denn die privatrechtliche Absprache umfaßt nicht die Erlaubnis zum Eindringen staatlicher Organe in den Wohnbereich. Dies folgt aus dem Wesen der Grundrechte. Sie sind primär Abwehrrechte, die den Bürger vor willkürlichen Eingriffen staatlicher Organe schützen sollen.

Die h.M. führte zu einem generellen Verzicht auf Art. 13 GG. Zwar kann in Form der Einwilligung auf Art. 13 GG wirksam verzichtet werden; insofern irrig die Minderansicht, die - gestützt auf Art. 18 GG - die Wohnungsfreiheit für unverzichtbar hält. Zwischen Verwirkung (Art. 18 GG) und Verzicht bestehen aber Unterschiede. Denn die Verwirkung spricht das BVerfG aus; die generelle Ausübung des Grundrechts ist damit zeitlich befristet bwz. auf Dauer gehindert. Der Verzicht hingegen kann nur für den Einzelfall erfolgen; andernfalls ist er unwirksam (s.o.).

Ferner wirkt der Versuch geradezu grotesk, den GV als Besucher des Schuldners zu bezeichnen. Denn abgesehen davon, daß ein Besucher die Wohnung des Gastgebers nicht durchsucht im Sinne der vorgegebenen Definition und gegen ihn kein Grundrechtsschutz stattfindet, findet der "Besuch" des GV schon in Art. 13 II GG seine Grenzen (s.o.). Der Hinweis auf § 866 BGB hilft bei staatlichen Organen nicht weiter.[45]

---

45 Der GV kann auch dann nicht als Besucher des Schuldners angesehen werden, wenn der Gläubiger den Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Zugang zur Wohnung pfändet und sich überweisen läßt; denn der GV handelt auf jeden Fall hoheitlich; vgl. auch Groß S. 32 ff.

c) Andere Lösungsmöglichkeiten

Die angeführten Gründe der h.M. sind daher nicht stichhaltig. Der Minderansicht ist darin zuzustimmen, daß die Durchsuchung einer nicht nur vom Schuldner benutzten Wohnung nach Art. 13 GG in Verbindung mit § 758 ZPO unzulässig ist. Die Konsequenz dieser Ansicht ist jedoch abzulehnen. Denn diese würde zu einer völligen Blockade der Zwangsvollstrekkung führen und damit den Gläubiger rechtlos stellen. Daher ist nach anderen Lösungsmöglichkeiten zu suchen.

aa) Im Vollstreckungsrecht

Es fragt sich, ob das Zwangsvollstreckungsrecht selbst eine Lösung anbietet.

Ausgangspunkt ist wiederum Art. 13 I GG. Danach ist der Raum zur freien Entfaltung der Persönlichkeit geschützt. Raum i.S.d. Art. 13 I GG kann aber nur ein räumlich abgegrenzter Bereich sein, wie aus dem Begriff der Wohnung zu schließen ist. Daher schützt Art. 13 I GG den Grundrechtsträger vor unberechtigtem Eindringen in seinen Raumbesitz bzw. Raumgewahrsam (s.o.).

Von diesem Ansatzpunkt ausgehend, stellt sich die Frage, ob das Zwangsvollstreckungsrecht Vorschriften zur Überwindung des Drittraumgewahrsams enthält. Denn §§ 758, 761 ZPO analog gestatten nur einen Eingriff in den Raumgewahrsam des Schuldners.

aaa) § 886 ZPO?

Dazu bieten sich §§ 885, 886 ZPO an. Nach

diesen Vorschriften kann Raumgewahrsam überwunden werden.[46] Der Minderansicht ist zwar in ihren Bemühungen beizupflichten, ein Widerstandsrecht des Dritten gegen die Durchsuchung des GV aus einer gesetzlichen Vorschrift abzuleiten; dazu ist aber § 809 ZPO nicht der richtige Ausgangspunkt. Vielmehr stellt die näherliegende Vorschrift des § 886 ZPO den besseren Anknüpfungspunkt dar. Ihr ist der Rechtsgedanke zu entnehmen, daß Mitraumgewahrsam der Vollstreckung entgegensteht. Dies rechtfertigt sich aus der Schutzrichtung des § 886 ZPO, die den Raumgewahrsam betrifft (vgl. Abschnitt III B). Der Raumgewahrsam wird aber wiederum durch Art. 13 GG geschützt (s.o.).

Eine direkte Anwendung des § 886 ZPO scheidet aber aus, da diese Vorschrift den völligen Entzug des Raumgewahrsams regelt.

Es könnte aber eine analoge Anwendung des § 886 ZPO in Betracht kommen. Sie rechtfertigt sich aus dem Gesichtspunkt, daß der GV während der Dauer der Durchsuchung in fremden Raumgewahrsam eingreift. Das argumentum a maiore ad minus führt zu einer analogen Anwendung des § 886 ZPO. Ein Gegenschluß aus § 886 ZPO scheitert an der Tatsache, daß dem Gesetzgeber das Problem der kurzfristigen Verletzung des Raumgewahrsams durch den GV wegen der Durchsuchung nicht bekannt war.[47]

---

46 S. Abschnitt III B.

47 S. zu Analogie und Umkehrschluß S. 50 ff.

Zur Überwindung des Mitraumgewahrsams eines Dritten schreibt § 886 ZPO die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe der Sache vor. Entsprechend müßte auf Antrag des Gläubigers der Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Zugang zur Wohnung gepfändet und überwiesen werden.[48]

An der Stellung des Dritten ändert sich nichts durch die Tatsache, daß er lediglich Mitgewahrsam am Raum hat.[49] Ebenso wie Räume des Schuldners i.S.d. § 758 I ZPO auch Räume sind, die von einem Dritten mitbenutzt werden, handelt es sich um Räume des Dritten, wenn diese von dem Schuldner mitbenutzt werden. Dies folgt aus der Gleichbehandlung von Mit- und Alleingewahrsam in der Zwangsvollstreckung, vgl. §§ 809, 886 ZPO.[50]

Der Weg über § 886 ZPO analog ist aber für die Praxis zu umständlich. Zum einen ist das Bestehen etwaiger Ansprüche des Schuldners gegen den Dritten auf Zugang zur Wohnung zwischen den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften oder Mitgliedern sonstiger Wohnge-

---

48 Ähnlich Pawlowski NJW 1981, 670 (Pfändung der Mitberechtigung des Schuldners); die Pfändung soll aber nach § 857 ZPO erfolgen; sowie Kottmann ÖÖV 1980, 902 (Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf Zugang zur Wohnung); nach welchen Vorschriften diese Pfändung erfolgen soll, bleibt offen. A.A. Wieczorek § 808 B II a ("Der Allein- oder Mitraumbesitz muß im Vollstreckungsrecht durch ordnungsgemäßen Zugriff überwunden werden. Insoweit muß der Wegschaffungsanspruch (§ 867 BGB in entsprechender Anwendung) gepfändet und überwiesen werden"); ihm folgend Röhl S. 48. Doch auch bei diesem Anspruch geht es um eine Sache, hier jedoch um einen Raum. Die Rechtsähnlichkeit wurde schon oben im Text zu FN 38 verneint, so daß auch diese Analogie ausscheidet.

49 Vgl. FN 25.

50 Zöller/Stöber § 809 Rdnr. 4; FN 25; vgl. im übrigen Abschn. III A 1), B 1).

meinschaften mangels Rechtsbindungswillens oder gesetzlicher Vorschriften fraglich, da derartige Regelungen allgemein ungewöhnlich sind.[51] Ein Besitzstörungsanspruch nach §§ 862, 866 BGB scheidet ebenfalls aus, da es in diesem Fall nur um den Umfang des Mitgebrauchs geht.[52] Bei Ehegatten ergibt sich dieser Anspruch aus § 1353 I S. 2 BGB.[53] Zum anderen steh

Kosten- und Zeitgründe entgegen; denn bei fortdauernder Weigerung nach Pfändung und Überweisung bleibt dem Gläubiger nur die Möglichkeit, im Klageweg gegen den Dritten vorzugehen. Dabei ergibt sich aber für den Gläubiger wiederum die Schwierigkeit, die Rechte des Schuldners nicht substantiiert genug darlegen zu können (s.o.). Schließlich würde der Dritte zwar nach einer erfolgreichen Klage in die Stellung eines Schuldners einrücken, doch könnte er den Gerichtsvollzieher nochmals den Zugang zur Wohnung verweigern, da eine richterliche DAO nicht ohne vorhergehenden erfolglosen Vollstreckungsversuch des GV erlassen werden kann.[54] Eine andere Möglichkeit könnte für den Gläubiger darin bestehen, den Herausgabeanspruch nach § 846 ZPO zu pfänden, bei fortdauernder Weigerung des Dritten auf Herausgabe zu klagen und schließlich gem. §§ 883, 758 ZPO vorzugehen.[55] Auch diesem Weg stehen aber die für § 886 ZPO geäußerten Bedenken entgegen. Die Schwierigkeiten verstärken sich sogar im Herausgabeprozeß, da der Dritte von der Last befreit wird, seine angeblichen Rechte nach § 771 ZPO geltend machen zu müssen.[56]

---

51 BGH MDR 1986, 473; Groß S. 100 f

52 Groß S. 100

53 Münchner Kommentar/Voelskow § 535 Rdnr. 124.

54 LG Düsseldorf DGVZ 1983, 14 und Nachweise in FN 18. Doch dürfte in diesem Fall in der Regel Gefahr im Verzug i.S.d. Art. 13 II GG vorliegen; dazu sogleich.

55 Amelung ZZP 88, 95.

56 St/J/Münzberg § 809 Rdnr. 5.

Daher scheiden diese Möglichkeiten auf Grund ihrer Umständlichkeiten in der Praxis aus.[57]

Für den Fall, daß eine im Alleingewahrsam des Schuldners stehende Sache sich in ausschließlich fremdem Raumgewahrsam befindet,[57a] hilft das Vollstreckungsrecht nicht weiter. Die Durchsuchung durch den Gerichtsvollzieher ist ohne Einwilligung des Dritten nicht gestattet,[57b] da eine Ermächtigung hierzu im formellen Vollstreckungsrecht fehlt.[57c] Früher wurde das Betretungs- und Durchsuchungsrecht des Gerichtsvollziehers in Räumen Dritter damit begründet, daß es keine gesetzlichen Bestimmungen gebe, die dem Gerichtsvollzieher das Durchsuchen verböten.[57d] Vom Nichtbestehen eines gesetzlichen Verbots kann aber seit der Entscheidung des BVerfG vom 3.4.1979 nicht mehr auf eine erlaubte Vorgehensweise geschlossen werden; denn Art. 13 II GG sieht für Durchsuchungen ausdrücklich ein Gesetz vor. Diese Argumentation war allenfalls vor Inkrafttreten des Grundgesetzes vertretbar. Ein eventuell nach § 886 ZPO analog zu pfändender Anspruch auf Zugang zum Raum entbehrt in diesem Fall jeglicher Grundlage. Auch die Pfändung des Herausgabeanspruchs nach § 846 ZPO scheitert daran, daß der Dritte die Sache nicht mitbesitzt.[57e]

---

57 Aus diesen Gründen dürfte auch der Weg über § 857 zu umständlich sein.

57a So vor allem bei Wohngemeinschaften; er ist jedoch auch bei eheähnlichen Gemeinschaften oder Ehen denkbar, etwa ein Arbeitszimmer oder Büro des Partners, das in seinem Alleingewahrsam steht; Noack KKZ 1979, 179 f für getrennt lebende Eheleute.

57b St/J/Münzberg § 758 Rdnr. 4; LG Lübeck DGVZ 1981, 26.

57c Noack KKZ 1979, 179; VG Köln NJW 1977, 825 f.

57d Schon OLG München im Jahre 1888 in BlfRA 54, 44; es erkennt jedoch, daß § 809 hier nicht entgegensteht, s. im Text zu FN 36; St/J/Münzberg (19. Aufl.) § 808 II 7.

57e St/J/Münzberg § 758 FN 18.

bbb) Praktikabilitätserwägungen

Praktikabilitätserwägungen,[58] die im Vollstreckungsrecht vorherrschen,[59] scheiden nach der Entscheidung des BVerfG ebenfalls aus; denn wie das BVerfG selbst feststellt, müssen gegenüber der "Stringenz einer Regelung mit Verfassungsrang alle Einwände scheitern, die sich darauf stützten, daß die Mitwirkung des Richters bei sämtlichen Vollstreckungsdurchsuchungen zu starken Arbeitsbelastungen und zuviel Leerlauf führen müsse".[60]

Das Vollstreckungsrecht enthält somit für vorstehende Frage keine Lösung.

bb) Grundrechtsinterpretation.

Der einzig gangbare Lösungsansatz ist daher in einer Interpretation der Grundrechte zu suchen.[61]

Dabei ist an § 758 I ZPO als Ausgangspunkt anzuknüpfen.

aaa) Gefahr in Verzug

Zunächst bietet es sich an, bei verweigerter Einwilligung des Dritten zur Durchsuchung der gemeinsamen Wohnung Gefahr im Verzug i.S.d. Art. 13 II GG anzunehmen.[62]

---

58 LG Hamburg NJW 1985, 74 ("allgemeines Bedürfnis"; "Gedanken der Gerechtigkeit"). St/J/Münzberg § 808 Rdnr. 18, FN 62 am Ende ("Förmelei").
59 St/J/Schumann, Einleitung I E Rdnr. 81.
60 BVerfGE 51, 112 f; Schubert MDR 1980, 367; Lisken DRiZ 1979, 277; Behr DGVZ 1980, 49.
61 So auch Guntau DGVZ 1982, 20.
62 Langheid MDR 1980, 22 m.w.N. in FN 8; AG München DGVZ 1978, 63 (bei Verweigerung des Schuldners).

Denn der für die Praxis umständliche Weg über § 886 ZPO analog ermöglicht dem Schuldner, die in der gemeinsamen Wohnung befindlichen pfändbaren Sachen beiseite zu schaffen.[63]

Das BVerfG läßt in seinem Beschluß vom 3.4.1979 in diesem Fall nicht zu, daß generell von einer DAO abgesehen wird.[64]

Gefahr im Verzug sei nur dann anzunehmen, "wenn der Erfolg der Durchsuchung eine Gefährdung erlitte, zufolge der Verzögerung, die durch die Erwirkung der DAO eintreten würde".[65] Daraus folgt, daß nicht schon jede Weigerung oder Abwesenheit des Schuldners eine DAO entbehrlich macht; von ihr kann nur dann abgesehen werden, wenn die Interessen des Gläubigers erheblich verletzt werden, etwa weil durch die Einschaltung des Gerichts Verzögerungen drohen.[66] Somit kann nicht in jedem Fall auf die Gefahr im Verzug abgestellt und von einer DAO abgesehen werden.

bbb) Schutzzweckinterpretation

Ferner ist an eine Schutzzweckinterpretation des Art. 13 GG zu denken. Vor allem aus den historischen Vorbildern des Art. 13 GG, dem Art. 140 PKV und dem Art. 115 WRV soll folgen,[67] daß allein willkürliche Eingriffe des Staates unterbunden werden sollten. Damit seien damals die Hausdurchsuchung als Maßnahme zum Zwecke repressiver Unrechtshandlung oder präventiv-polizeiliche Ermittlungen, nicht jedoch die Vollstreckungsdurchsuchung gemeint.

---

63 Vgl. BVerfGE 51, 111.
64 BVerfGE 51, 111.
65 BVerfGE 51, 111 unter Berufung auf RGSt 23, 334.
66 St/J/Münzberg § 758 Rdnr. 2.
67 Kühne S. 28 ff.

Diese Meinung stimmt mit der Ansicht überein, die Art. 13 II GG auf strafprozessuale und polizeiliche Durchsuchungen jeder Art beschränken will.[68] Das BVerfG läßt aber eine solche Interpretation nicht zu.[69] Auf Grund der Entstehungsgeschichte des Art. 13 GG weist es nach, daß Art. 13 GG nicht allein strafprozessuale Durchsuchungen erfaßt.[70] Auch der Schutzzweck rechtfertigt nach der Ansicht des BVerfG eine strenge Auslegung des Art. 13 GG im Bereich des Zivilprozesses Die Durchsuchung sei ein schwerer Eingriff in die persönliche Lebenssphäre des Betroffenen; der verfassungsrechtliche Schutz gerade der Wohnräume soll daher dem grundgesetzlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatssphäre des Bürgers entsprechen.

Eine Schutzzweckinterpretation scheidet damit ebenfalls aus.

ccc) Güterabwägung

Des Problem der richterlichen DAO gegen den die Wohnung mitbenutzenden Dritten spitzt sich daher auf eine Grundrechtskollision[71] zu. Der derzeitige Gesetzeszustand führt zu einer völligen Blockade der Zwangsvollstreckung, wenn der Dritte sich uneingeschränkt auf Art. 13 GG berufen könnte. Damit greift er aber in die grundgesetzlich gewährleisteten Rechte des Gläubigers aus

---

68 Von Mangoldt/Klein Art. 13 Anm. IV 2a.
69 aaO. S. 108.
70 aaO. S. 108 unter Hinweis auf den Unterausschuß (Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rats).
71 Richtig erkannt von Baur/Stürner (Zwangsvollstreckungsrecht) Rdnr. 11.

Art. 14 GG auf Eigentum - hier sein titu-
liertes Forderungsrecht - ein.[72] Doch auch
der Besitz des Dritten an der gemeinsamen
Wohnung wird als vermögenswerte Rechtspo-
sition durch Art. 14 GG geschützt.[73]

Sowohl Gläubiger als auch Dritte können sich
damit auf ein Grundrecht - Art. 13 GG bzw.
Art. 14 GG - berufen.[74] Eine pauschale Ent-
scheidung zugunsten des Gläubigers oder
Dritten muß aber ausscheiden, da andern-
falls ein Grundrecht überhaupt nicht zum
Tragen kommt. Vielmehr ist die Lösung
im Wege einer Güterabwägung unter Beachtung
des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu ge-
winnen.

Dieser Ansatzpunkt basiert auf der Schwan-
kungssystematik des Art. 13 GG.

Art. 13 I GG ist zwar auf Grund des Ge-
setzesvorbehalts in Abs. 2 einschränkbar.
Dieser versagt aber für die Durchsuchung der
von einem Schuldner mit einem Dritten ge-
meinsam benutzten Wohnung,[75] da der Ge-
setzgeber (bis heute) von seiner formalen
Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat.
Dies bedeutet jedoch nicht, daß in diesem
Fall Art. 13 GG in Bezug auf den Dritten

---

72 Obligatorische Rechte fallen unter Eigentum i.S.d. Art. 14; Maunz/Dürig/
Papier Art. 14 Rdnr. 190. Dieser Gedanke taucht vornehmlich auch bei
der h.M. auf; vgl. etwa LG Hamburg NJW 1985, 74; Seip DGVZ 1979, 97 f;
Guntau DGVZ 1982, 20; vgl. auch Vollkommer RPfl. 1982, 5 f.

73 Maunz/Dürig/Papier Art. 14 Rdnr. 191.

74 So auch Guntau DGVZ 1982, 21 ff (ausführlich); Groß S. 54 f; Lippross S. 127 ff

75 Noack KKZ 1979, 178.

nicht unbeschränkbar sei. Vielmehr sind jedem Grundrecht immanente Schranken eigen, so auch Art. 13 GG.[76] Nach der Rechtsprechung des BVerfG findet ein Grundrecht dort seine (immanente) Schranke, wo die Grundrechtsausübung in Grundrechte Dritter eingreift und dieser Eingriff schwerer wiegt als die Versagung des Grundrechtsschutzes auf der Seite des Betroffenen.[77]

Das Recht des Dritten aus Art. 13 GG, in der gemeinsamen Wohnung "in Ruhe gelassen zu werden",[78] findet seine Schranken in Art. 14 GG, der den Staat zur Gewährleistung des Eigentums des Gläubigers, hier seines titulierten Forderungsrechts, verpflichtet. Ob ein Stufenverhältnis zwischen Gewährleistung (Art. 14 GG) und Abwehrrecht (Art. 13 GG) besteht, mag dahinstehen, da jedenfalls eine Güterabwägung eine differenziertere Lösung anbietet. Im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip bewegen sich sowohl die h. M. als auch die Minderansicht wiederum in Extremen.

So soll nach letzterer das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung stets unverhältnismäßig verletzt werden.[79] Die h.M. hingegen will stets einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 13 GG annehmen, da der Gläubiger gegen die Mitbewohner keine Forderungen habe und der Mitbewohner keinerlei Anlaß

76 Maunz/Dürig/Maunz Art. 13 Rdnr. 10 f; Dagtoglou JuS 1975, 755.
77 BVerfGE 32, 107 f; 33, 71.
78 BVerfGE 51, 107.
79 AG München DGVZ 1981, 118.

für den störenden Eingriff in seine grundrechtlich geschützte Lebenssphäre gesetzt habe.[80]

M.E. bedarf es einer näheren Untersuchung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da sowohl die h.M. als auch die Minderansicht pauschal argumentieren.

Zunächst hat das eingesetzte Mittel zwecktauglich zu sein. Dies bedeutet, daß mit seiner Hilfe das angestrebte Ziel der Maßnahme gefördert werden kann.[81] Durchsucht der GV die von dem Schuldner und dem Dritter gemeinsam bewohnten Räume, wird die Realisierung des titulierten Forderungsrechts des Gläubigers gefördert; dem GV wird dadurch ermöglicht, pfändbare Vermögensobjekte aufzuspüren. Die Durchsuchung ist also tauglich, die Befriedigung des Gläubigers sicherzustellen.

Ferner muß das Mittel erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn zur Erreichung des angestrebten Zwecks nicht ein anderes, gleich wirksames, dabei aber die Grundrechte des einzelnen nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte gewählt werden können.[82] Hier stellt sich die Frage, ob der Gläubiger auch dann befriedigt

---

80 Stellvertretend für alle LG Hamburg NJW 1985, 74.
81 BVerfGE 33, 187.
82 BVerfGE 30, 316.

werden kann, wenn der GV die gemeinsame Wohnung nicht durchsucht. Dies wird z.T. bejaht, da dem Gläubiger andere Möglichkeiten zu seiner Befriedigung offenstünden. So solle er zunächst auf andere Vermögensobjekte zugreifen. Ferner könne der Dritte dem GV die Arbeitsstelle des Schuldners vermitteln, um eine Befriedigung des Gläubigers durch Pfändung und Überweisung des Einkommens des Schuldners zu erreichen. Schließlich soll eine Durchsuchung der gemeinsamen Wohnung nur zugelassen werden, wenn sich herausstellt, daß für den Gläubiger keine andere Möglichkeit besteht, seine Forderung zu realisieren. In diesem Fall habe Art. 13 GG hinter Art. 14 GG zurückzutreten.[83]

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Sie läuft auf eine Rangordnung und Bewertung der Vollstreckungsarten hinaus.[84] Wie jedoch überzeugend nachgewiesen wurde, kann aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit keine Rangordnung der Vollstreckungsarten abgeleitet werden.[85] Ein anderes gleich wirksames Mittel wie die Durchsuchung kann daher zur Befriedigung des titulierten Forderungsrechts des Gläubigers nicht gewählt werden.

---

83 AG Darmstadt DGVZ 1979, 187; Guntau DGVZ 1982, 22; der Hinweis Guntaus, daß sich der Eingriff des GV in aller Regel auf das Durchschreiten des Flures begrenze, ist abwegig. Denn dieses Durchschreiten erfüllt die Begriffsvoraussetzungen der Durchsuchung nicht (s.o. im Text).

84 So auch AG Darmstadt DGVZ 1979, 187; OLG Düsseldorf NJW 1980, 459; so aber Böhmer im Sondervotum zur dritten Zuschlagsentscheidung des BVerfG (E 49, 228 ff) unter "radikaler und kompromißloser" Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (so Vollkommer RPfl 1982, 8, der die Reihenfolge der Vollstreckungsarten anführt).

85 Vgl. ausführlich E. Peters in FS Baur S. 553 ff.

Schließlich darf eine Maßnahme für den Betroffenen nicht unzumutbar sein. Daraus folgt, daß die Durchsuchung den Dritten nicht übermäßig belasten darf. Mittel und Zweck sind abzuwägen. Als maßgebliche Beurteilungskriterien kommen die Intensität des Eingriffs und das Gewicht und die Dringlichkeit der in den Grundrechten verankerten Individualinteressen in Betracht.

Die Intensität des Eingriffs in die Raumsphäre des Dritten ist gering. Der Eingriff ist zeitlich genau begrenzt. Der Gläubiger hat gegen die Mitbewohner keine Forderungen; der Mitbewohner selbst setzt keinen Anlaß für den störenden Eingriff. Vielmehr ist der Zugriff durch den GV gewichtig und dringlich.Eine Pfändung hat dann stattzufinden, wenn der Erfolg möglich erscheint. Da bei der Pfändung der Prioritätsgrundsatz vorherrscht (§ 804 III ZPO), ist der Gläubiger darauf angewiesen, sofort zuzugreifen. Das BVerfG erachtet in seinem Beschluß von 1979 die DAO zwar exemplarisch bei Krankheit des Schuldners oder eines Familienangehörigen für unverhältnismäßig. Nur in diesem Fall soll also ein Eingriff intensiv sein. Dieser Gesichtspunkt erfährt indessen schon in § 765a ZPO Beachtung. Neue, außerhalb vom § 765a ZPO liegende Gesichtspunkte, die zu einer Versagung der DAO führten, werden nicht genannt.[86]

Die Durchsuchung der von einem Dritten mit dem Schuldner bewohnten Räume ist somit für den Dritten zumutbar.

---

86 Vgl. E. Peters FN 85.

Im Ergebnis ist daher der h.M. zuzustimmen, die einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 13 GG annimmt. Doch ist der Eingriff auf Grund des Gesetzesvorbehalts nur zulässig, wenn er durch eine Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist (s.o.). Ungeschriebene Nebenwirkungen aus § 758 ZPO stellen keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar (s.o.). Der einzige gesetzliche Anhaltspunkt für eine solche Ermächtigungsgrundlage[87] befindet sich in § 758 ZPO. Im Hinblick auf Art. 13 II GG bedarf § 758 ZPO einer verfassungskonformen Auslegung; denn § 758 ZPO, isoliert betrachtet, rechtfertigt keinen Eingriff in den nach Art. 13 GG geschützten Raumgewahrsam des Dritten. Der Wortlaut ist zwar die Grenze jeglicher Auslegung oder Analogie. Diese Grenze wird aber nicht überschritten, wenn in Bezug auf Art. 13 II GG in den Raumgewahrsam des Dritten nach § 758 ZPO eingegriffen werden darf. Wie oben ausgeführt, ändert die Mitbenutzung der Wohnung durch Dritten nichts an der Tatsache, daß sie eine Wohnung des Schuldners darstellt. Damit wird aber dem Wortlaut des § 758 ZPO Rechnung getragen. Andernfalls würde § 758 I ZPO in der Mobiliarvollstreckung für die in der Praxis überwiegenden Fälle der Mitbenutzung der Wohnung durch mehrere Personen leerlaufen. Denn bei untrennbar gemeinsamem Wohnen wäre der Eingriff auf Grund des Drittschutzes nach Art. 13 II GG unzulässig. § 758 I ZPO würde damit seine Funktion als allgemeine Vorschrift einbüßen. Daher ist m.E. § 758 ZPO verfassungskonform dahin auszulegen, daß der Gerichtsvollzieher befugt ist, die Wohnung des Schuldners auch dann durchsuchen zu dürfen, wenn er mit Dritten untrennbar zusammenlebt.

---

87 Groß, S. 108 ff, will diesen Eingriff auf § 755 ZPO stützen.

Will der Gerichtsvollzieher die Räume einer reinen Wohngemeinschaft durchsuchen, stellt sich die Frage des Drittschuldners nicht in demselben Umfang. Da die einzelnen Mitglieder eigene Räumlichkeiten zur ausschließlichen Benutzung haben, durchsucht der Gerichtsvollzieher nur diese. Dabei darf er die gemeinsamen Räumlichkeiten wie z.B. den Flur betreten, da dafür eine DAO nicht erforderlich ist (s.o.). Wird dagegen eine Durchsuchung auch der gemeinsamen Räume erforderlich, greift wiederum der Schutz nach Art 13 II GG ein. In diesem Fall ist § 758 I ZPO in seiner durch die verfassungskonforme Auslegung gegebenen Verständnis auch hier eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff und damit auch für die Erteilung einer DAO, die gegen den Dritten wirkt.

Ergebnis:

Wird bei der Vollstreckung in bewegliche Sachen nach § 808 ZPO eine Durchsuchung der von dem Schuldner und Dritten gemeinsam benutzten Wohnung notwendig, bedarf es einer richterlichen Anordnung gegen den Schuldner und den Dritten gem. Art. 13 GG, §§ 758, 761 ZPO analog. Dabei stehen dem Richter m.E. zwei Möglichkeiten offen: entweder er erläßt gesondert je eine Durchsuchungsanordnung gegen den Schuldner und den Dritten oder es bedarf nur einer Durchsuchungsanordnung gegen den Schuldner, die aber ausdrücklich den Eingriff gegen den Dritten zuläßt. In dem Fall, daß der Schuldner die Durchsuchung gestattet, nicht hingegen der Dritte oder umgekehrt, ist eine Durchsuchungsanordnung nur gegen den die Durchsuchung Verweigernden erforderlich.

2) Die richterliche Durchsuchungsanordnung bei der Räumungsvollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO

a) Durchsuchungsanordnung gegen den Schuldner

Zur Vollstreckung eines Räumungstitels ist nach h.M.[88] eine besondere DAO nach Art. 13 II GG gegen den Schuldner nicht erforderlich. Das BVerfG nahm bis heute zu diesem Problembereich keine Stellung, da es in dem Beschluß von 1979 um die Pfändung beweglicher Sachen ging.

Einige Autoren halten eine DAO gegen den Schuldner für entbehrlich, da die Räumung den Begriff der Durchsuchung i.S.d. vorgegebenen Definition des BVerfG nicht erfülle.[89] Die Durchsuchung wird als ziel- und zweckgerichtetes Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts verstanden, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.

Der Räumungstitel wird dagegen dadurch vollstreckt, daß der GV in die Wohnung des Schuldners eindringt, den Schuldner aus der Wohnung entfernt und seine bewegliche Sachen nach § 885 II ZPO wegbringt.[90] Der GV spürt also bei der Räumung nicht etwas auf, was der Wohnungsinhaber nicht von sich aus herausgeben will, sondern er hat die Bewohner aus der

---

88 Vgl. die folgenden Nachweise

89 S.o. Abschnitt 1 a) cc) und Ganschezian-Finck MDR 1980, 808; Frank JurBüro 1983, 818; Mümmler JurBüro 1980, 186; Schneider NJW 1980, 2379; AG Recklinghausen DGVZ 1979, 186; AG Köln DGVZ 1979, 140; AG Stuttgart NJW 1979, 137; AG Wolfenbüttel DGVZ 1979, 141; LG Nürnberg-Fürth DGVZ 1979,141; AG Kassel, DGVZ 1979, 172.

90 Hoche/Wiener Rdnr. 157; Noack ZMR 1981, 34 und JurBüro 1980, 1131; St/J/Münzberg in noch nicht erschienener 20. Aufl. zu § 885; AG Stuttgart FN 89 ; AG Düren DGVZ 1979, 140; AG Nürnberg-Fürth DGVZ 1979, 141; AG Mannheim, Die Justiz 1979, 296; LG Düsseldorf DGVZ 1979, 140; AG Kassel

Wohnung zu entfernen. Daher fällt die Räumung nicht unter den Begriff der Durchsuchung. Andere Autoren unterstellen zwar die Räumung Art. 13 GG, halten aber eine DAO gegen den Schuldner für entbehrlich.

Zum Teil wird argumentiert, daß der Räumungsschuldner, der nicht mehr zum Besitz der Wohnung berechtigt ist, nicht den Schutz des Art. 13 GG in Anspruch nehmen könne.[91] Diese Ansicht stellt auf den Grundsrechtsträger ab.[92] Ihre Argumentation ist aber nur dann zwingend, wenn Art. 13 GG ausschließlich rechtmäßige Wohnungsinhaber als Grundrechtsträger schützt. Darüber herrscht Streit (s.o. 1 a) cc). Nach der hier vertretenen Ansicht braucht dieser Streit nicht entschieden zu werden, da es nicht auf dem Grundrechtsträger ankommt, sondern darauf, daß die Räumung nicht unter den Begriff der Durchsuchung subsumiert werden kann.

Wieder andere fordern zur Vollstreckung eines Räumungstitels keine besondere DAO gegen den Schuldner, da die DAO bereits im Urteil implizit angeordnet sei.[93] Auch diese Ansicht geht davon aus, daß die

---

FN 89; AG Recklinghausen FN 89; Schneider FN 89 ; Zöller/Stöber § 758 Rdnr. 10;.

91 Ganschezian-Finck, Frank, AG Köln, AG Recklinghausen, Schneider - alle FN 89 ; Sturm WM 1981, 16; Hupe JurBüro 1979, 1439; Noack FN 90; Mümmler FN 89.

92 Dies ist aber nur dann möglich, wenn dem sich in der Wohnung unberechtigt Aufhaltende der Schutz aus Art. 13 nicht zukommt; vgl. dazu oben Abschnitt 1 a) cc) und Guntau DGVZ 1982, 22. Dagtoglou versagt zwar den Räumungspflichtigen die Berufung auf Art. 13, will sie aber "im übrigen" (?) in den Genuß des Grundrechtsschutzes aus Art. 13 GG kommen lassen, JuS 1975, 755 sub IV, V; Ganschezian-Finck FN 89 differenziert zwischen Hausbesetzer und gekündigtem Mieter.

93 Zöller/Stöber § 758 Rdnr. 10; Bischof ZIP 1983, 524 f; Schrader/Steinert Rdnr. 1304; Noack JurBüro 1980, 1131; Sturm FN 91 ; Schubert NJW 1980, 459 in Anm.; OLG Düsseldorf NJW 1980, 459; AG Düren, AG Mannheim, LG Düsseldorf - alle FN 90 ;AG Tiergarten NJW 1979, 1552; AG Oberhausen DGVZ 1979, 186; AG Stuttgart FN 89

Räumung Art. 13 GG unterfällt, andernfalls wäre eine DAO entbehrlich.

Doch warum soll eine DAO angeordnet werden, wenn der Räumungstitel[94] dadurch vollstreckt wird, daß der GV in die Wohnung des Schuldners eindringt, ihn aus der Wohnung entfernt und seine beweglichen Sachen nach § 885 II ZPO wegbringt? Da die DAO den Schuldner vor dem Zugriff staatlichen Zwangs in der Wohnung schützen soll, verliert die DAO bei der Räumungsvollstreckung ihren Sinn. Denn den Richter steht gem. § 721 ZPO ein Ermessensspielraum zu. Die den Umständen nach angemessene Räumungsfrist kann - auch von Amts wegen - vielmehr der besonderen Situation des Schuldners und seiner Angehörigen, z.B. Krankheit, Rechnung tragen.[95] Der Hinweis auf § 765a ZPO hilft für die Räumungsvollstreckung allein nicht weiter,[96] da diese Vorschrift bei allen Vollstreckungsarten Anwendung findet.

Welche Belange des Schuldners und seiner Angehörigen soll also der Richter bei der für eine DAO erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigen?

---

94 Richtig die Ansicht, die eine richterliche DAO zur Vollstreckung aus einem gerichtlichen Räumungsvergleich für entbehrlich hält, da der Schuldner sich freiwillig zur Räumung seiner Wohnung bereit erklärt (St/J/Münzberg FN 90). Denn die Einwilligung schließt die Berufung auf Art. 13 GG aus. Insofern verzichtet der Grundrechtsträger auf Art. 13 (s.o. Abschnitt a); konsequent die a.A., die beim Zuschlagsbeschluß im Zwangsversteigerungsverfahren eine besondere richterliche DAO fordert, da der Räumungstitel nicht vom Richter, sondern vom Rechtspfleger geschaffen wurde; dasselbe gilt für den Konkurseröffnungsbeschluß, da er seinem spezifischen Inhalt nach kein Räumungstitel ist, vgl. Schneider FN 89.

95 Dies erkennt richtig OLG Düsseldorf FN 93, wenn es anführt, daß der Gläubiger bei der Räumungsvollstreckung nicht die Möglichkeit habe, seinen Anspruch auf andere Weise, wie oben vorgeschlagen, durchzusetzen.

96 So aber Noack FN 93; Schneider FN 91.

Es fällt schwer, neben § 721 ZPO ein besonderes Schutzbedürfnis des Schuldners zu begründen. Bedenken gegen die soeben abgelehnte Ansicht könnten sich daraus ergeben, daß die im Räumungsurteil inzidente Anordnung der Durchsuchung im Erkenntnisverfahren ergangen ist. Das BVerfG stellte zwar klar, daß Entscheidungen im Erkenntnisverfahren nicht notwendig eine DAO enthielten.[97] Auf die Räumungsvollstreckung ist dieses Argument indessen nicht übertragbar, da - wie oben ausgeführt - der Richter im Erkenntnisverfahren über einen Ermessensspielraum verfügt, der der Verhältnismäßigkeitsprüfung des BVerfG im Vollstreckungsverfahren entspricht. Der Richter im Vollstreckungsverfahren könnte inhaltlich nur dasselbe noch einmal aussprechen wie im Urteil.[98] Schließlich wird das im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Ausdruck kommende Bedürfnis eines besonderen Schutzes in Frage gestellt und eine DAO für entbehrlich gehalten, da der Richter bei der Räumungsvollstreckung keinen Ermessensspielraum habe.[99]

Dieser Meinung ist im Ergebnis zuzustimmen; nicht jedoch in der Begründung. Wie oben ausgeführt, eröffnet § 721 ZPO dem Richter einen Spielraum.[100]

M.E. ist der h.M. im Ergebnis beizupflichten, die eine besondere DAO gegen den Schuldner gem. Art. 13 II GG nicht für erforderlich hält.

Entgegen der h.M. fordern nur zwei Autoren[101] auch für die Räumungsvollstreckung eine besondere DAO. Nach der einen Ansicht behalte die verfassungsrechtlich verordnete Sonderprüfung auch bei der Räumungsvollstreckung ihren Sinn.[102]

---

97 S. dazu Cirullies JurBüro 1984, 663 f.
98 AG Stuttgart FN 89 ; AG Düren FN 90.
99 AG Stuttgart FN 89; Noack ZMR 1981, 34.
100 Ganschezian-Finck, Frank, AG Kassel, Schneider - alle FN 89; LG Düsseldorf FN 93.
101 Kühne DGVZ 1979, 147; Baur/Stürner (Fälle) S. 105 f und (Zwangsvollstreckungsrecht) Rdnr. 92.
102 Baur Stürner FN 101.

Dieses Argument ist aber m.E. nicht mehr stichhaltig, da die Verhältnismäßigkeitsprüfung neben § 721 ZPO ihren Sinn verliert (s.o.).

Nach der anderen Ansicht solle Art. 13 GG zweierlei schützen:[103] Die Ungestörtheit der Privatsphäre und die Wohnung als räumliche Ab- und Umgrenzung dieser Sphäre. Nur letztere werde durch den Räumungstitel betroffen, die Privatsphäre hingegen bleibe als Schutzgut des Art. 13 GG erhalten.

Da die Privatsphäre aber durch die Wohnung ab- und umgrenzt wird, greift der Räumungstitel zwangsläufig auch in die Privatsphäre ein. Daher überzeugt auch dieser Begründungsversuch nicht.[104]

M.E. ist eine DAO gegen den Schuldner allein bei der Räumungsvollstreckung entbehrlich.

b) Durchsuchungsanordnung gegen den Dritten.

Da nach der hier vertretenen Meinung gegen jeden erwachsenen Bewohner ein Räumungstitel erforderlich ist (s.o.), braucht auf das Problem einer Drittberechtigung am Raumgewahrsam nicht eingegangen zu werden. Für die h.M. stellt sich aber das Problem, ob gegen den Dritten eine DAO notwendig ist. Soweit ersichtlich finden sich dazu keine Ausführungen. Stellt man wiederum darauf ab, daß die Räumung den Begriff der Durchsuchung nicht erfüllt, erübrigt sich eine DAO gegen den Dritten. Auf die im Duldungstitel implizit angeordnete DAO (s.o.) kann nicht zurückgegriffen werden, da der Dritte nicht Titelschuldner ist. Im übrigen hat der Richter bei

---

103 Kühne FN 101.
104 Vgl. auch Bischof FN 93.

der Gewährung der Räumungsfrist nach § 721 ZPO auch die Belange des Dritten zu berücksichtigen.[105] Die verfassungsrechtlich gebotene Sonderprüfung verliert daher auch beim Dritten ihren Sinn. Eine DAO ist somit gegen den Dritten entbehrlich.

3) Eigener Lösungsvorschlag

Einerseits sind die Vorschriften des Zwangsvollstrekkungsrechts im Bereich des § 758 ZPO (insbesondere im Hinblick auf Dritte) für die Praxis unbefriedigend, da sie die Zwangsvollstreckung lahmlegen (s.o.). Andererseits müssen nach der Entscheidung des BVerfG zur Auslegung des § 758 ZPO im Lichte des Art. 13 GG strenge Maßstäbe angelegt werden.

Die Folge der Diskrepanz ist z.Zt. eine Rechtsunsicherheit in der Praxis, da die verfassungskonforme Auslegung dem streng durchnormierten Zwangsvollstreckungsrecht fremd ist. Auf Grund dieser Rechtsunsicherheit treten auch manche Vertreter der h.M. dafür ein, daß die DAO bei noch ungeklärter Rechtslage erteilt werden sollte, wenn ihr keine sachlichen Gründe entgegen stünden[106] bzw. daß dem GV kein Vorwurf gemacht werden könne, wenn er die Räumungsvollstreckung bis zu einer weiteren Klärung dieser Frage ablehne und damit zunächst eine Entscheidung nach § 766 ZPO herbeiführe.[107]

Daher bleibt nur der Ruf nach dem Gesetzgeber. Im Interesse der Rechtssicherheit und der -klarheit, insbesondere auf Grund des Sozial- und Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 GG sollte sich der Staat dazu aufgerufen fühlen, diesem Konflikt nicht auszuweichen, son-

---

105 Wieczorek § 721 B III 3.
106 Ganschezian-Finck MDR 1980, 808.
107 Seip DGVZ 1979, 100.

dern zu handeln. Dabei hat er den Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen, insbesondere darf das Vollstreckungsverfahren als Masseverfahren seine Funktionsfähigkeit nicht einbüßen.[108]

Um diesen Bedenken gerecht zu werden, wird eine Änderung des GG vorgeschlagen.[109] Art. 13 II GG solle dahin ergänzt werden, daß in der im Gesetz bestimmten Form die Durchsuchung ohne DAO erfolgen dürfe, wenn ein vollstreckungsrechtlicher Schuldtitel vorliege und der Wohnungsinhaber oder ein erwachsener Hausgenosse anwesend sei.

M.E. sollte eine Grundrechtsänderung nur als ultima ratio in Betracht kommen.[110] Insofern ist Wochner[111] beizupflichten, der mit dem Hinweis auf die Unantastbarkeit der Grundrechte und den hohen Rang der Wohnung eine Grundgesetzänderung ablehnt. Sie ist nur dann zu befürworten, wenn kein anderer Ausweg besteht. M.E. kommt aber eine Ergänzung des § 758 I ZPO in Betracht. Der dazu einzufügende zweite Satz des § 758 I ZPO könnte sinngemäß etwa lauten:

> "Er darf die Wohnung des Schuldners auch dann durchsuchen, wenn dieser mit einem Dritten in Wohngemeinschaft lebt. Für die Vollstreckung in Räumen Dritter gilt Satz 1 entsprechend."

Dem Richter würde damit eine eindeutige Ermächtigungsgrundlage

---

108 Vgl. BGH in der Stellungnahme zu Art. 13, § 758 ZPO in BVerfGE 51, 102.

109 Seip DGVZ 1980, 82 ff; DGVZ 1979, 102 jeweils mit Begründung.

110 Eine Abänderung lehnen ebenfalls ab: Kleemann DGVZ 1980, 7. Nach der Tendenz der Entscheidung des BVerfG sei die Position des einzelnen gegen Akte der öffentlichen Gewalt gestärkt; Behr DGVZ 1980, 50. Die Entscheidung des BVerfG garantiere mehr Rechtsstaatlichkeit und Individualgerechtigkeit.

111 NJW 1982, 2510.

zum Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung eines Dritten in die Hand gegeben. Der Richter hat sowohl die Durchsuchung beim Schuldner als auch beim Dritten anzuordnen. Die DAO steht aber weiterhin unter der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[112] Der Vorteil dieser Ansicht besteht darin, daß nicht mehr auf eine verfassungskonforme Auslegung zurückgegriffen werden muß, sondern eindeutige gesetzliche Vorschriften, die den Eingriff in grundgesetzlich geschützte Positionen des Dritten zulassen, vorhanden sind. Damit sind auch die Nebenwirkungen des Dritten im Bereich der Dursuchung gesetzliche angeordnet. Ferner wird sie eher dem durch das BVerfG begründeten generellen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt gerecht.

Schließlich dient diese Ergänzung viel eher den Interessen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als die zur Zeit einzige Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung.

---

112 BVerfGE 51, 113

D) Die Ersatzzustellung nach § 181 ZPO

§ 750 I ZPO fordert als dritte allgemeine Vollstrekkungsvoraussetzung[1] die Zustellung. Darunter wird der in gesetzlicher Form zu bewirkende und zu beurkundende Vorgang verstanden, durch den einer bestimmen Person Gelegenheit zur Kenntnisnahme eines Schriftstückes verschafft wird.[2] Dabei sind folgende Personen beteiligt:[3] Der Zustellungsveranlasser, für den zugestellt werden soll (vgl. § 191 Nr. 2 ZPO), der Zustellungsadressat, an den zugestellt werden soll (vgl. § 191 Nr. 3 ZPO) und der als Empfänger bezeichnet wird, schließlich der Zustellungsempfänger, dem tatsächlich zugestellt worden ist (Vgl. § 191 Nr. 4 ZPO). Zustellungsadressat und -empfänger sind bei der Ersatzzustellung[4] (§§ 181-185 ZPO) verschiedene Personen. So nimmt in § 181 I 1. Altern. ZPO der zur Familie gehörende erwachsene Hausgenosse als Zustellungsempfänger das zuzustellende Schriftstück für den in der Wohnung nicht angetroffenen Zustellungsadressaten in Empfang. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft den zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen gleichgestellt werden können oder sogar dazugehören.

Auszugehen ist zunächst von der Definition des Hausgenossen. Als zur Familie gehörend muß er rechtlich oder tatsächlich zu den durch Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbundenen Personen gehören und mit dem Adressaten dauernd zusammenwohnen.[5]

---

1 Bruns/Peters § 4 I.
2 Rosenberg/Schwab § 73 I 1.
3 S. dazu Thomas/Putzo Vorbemerkung § 166 I.
4 Darunter versteht man die Zustellung, bei der das für den Zustellungsadressaten bestimmte Schriftstück einer anderen Person übergeben, bei ihr zurückgelassen oder niedergelegt wird, mit derselben Wirkung, wie wenn es dem Zustellungsempfänger selbst ausgehändigt worden wäre, vgl. Adrian DGVZ 1965, 105.
5 St/J/Schumann § 181 Rdnr. 11; vgl. auch BFH NJW 1982, 2896.

Es fragt sich, ob auch bei eheähnlichen Gemeinschaften eine rechtliche oder tatsächliche Zugehörigkeit angenommen werden kann. Dazu empfiehlt sich eine Trennung von eheähnlichen Gemeinschaften mit und ohne gemeinsamen Kinder.

1. Eheähnliche Gemeinschaften mit gemeinsamen Kindern

a) Wortlaut des § 181 ZPO

Da die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft bewußt auf eine Eheschließung nach § 11 EheG verzichtet haben, bilden sie weder eine durch Ehe noch eine durch Schwägerschaft[6] (§ 1590 BGB) oder Verwandtschaft verbundene Einheit. Demgegenüber ist das nichteheliche Kind sowohl mit der Mutter als auch mit dem Vater verwandt.[7] Dies bedeutet, daß jeweils die Mutter bzw. der Vater mit dem nichtehelichen Kind eine Familie bildet.[8] Lebt nun der Vater bzw. die Mutter dauerhaft[9] mit dem gemeinsamen nichtehelichen Kind zusammen, verhält es sich wie in den

---

6 Soergel/Gaul § 1590 Rdnr. 1.

7 Staudinger/Göppinger § 1589 Rdnr. 22, 23; für den Vater stellt dies keine Selbstverständlichkeit dar: der frühere Abs. 2 des § 1589 sah vor, daß ein nichteheliches Kind und sein Vater nicht als verwandt gelten. Er wurde jedoch durch das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.3.1969 aufgehoben.

8 FG Hamburg NJW 1985, 512. Sie wird von Art. 6 I GG umfaßt; vgl. BVerfG i.st.Rspr. seit E 8, 215 (für Mutter/nichteheliches Kind), auch EuGH NJW 1979, 2449 (Art. 8 MRK mache zwischen einer ehelichen und nichtehelichen Familie keinen Unterschied); die Bedeutung für das GG stellt Jayme FamRZ 1981, 222 dar; kritisch zu Art. 8 MRK Luther RabelsZ 45, 265. BVerfG NJW 1981, 1201 f (für Vater/nichteheliches Kind). Ob ein oder zwei Familien entstehen, ist in den Kommentaren zum GG umstritten; s. dazu Maunz/Dürig/Maunz, Art. 6 Rdnr. 16 a (für zwei Familien) und v. Münch Art. 6 Rdnr. 4a (für eine Familie).

9 Es soll unterstellt werden, daß eine eheähnliche Gemeinschaft mit gemeinsamen nichtehelichen Kindern auf Dauer angelegt ist. Auf das Merkmal "Dauer" wird noch später zurückzukommen sein.

Fällen, in denen eine nicht verwandte und nicht verschwägerte Person dauerhaft in eine Familie aufgenommen worden ist;[10] denn eine tatsächliche Aufnahme in den Familienverband genügt.[11] Danach dürften keine Zweifel bestehen, den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft mit gemeinsamen Kindern als Hausgenossen und damit als geeignete Ersatzperson i.S.d. § 181 I 1. Altern. ZPO anzusehen. Dennoch stehen dieser Annahme zwei ablehnende Entscheidungen[12] entgegen; sie betrafen den Fall, daß geschiedene Eheleute weiterhin in der bisher gemeinsamen Wohnung mit ihren Kindern eheähnlich zusammen lebten.[13] Die Gerichte gingen irrig davon aus, daß nach einer Scheidung der Eheleute eine Familie nicht mehr bestehe. Indessen wird eine Familie auch durch verwandtschaftliche Beziehungen begründet (s.o. die Definition), die nach der Scheidung weiterbestehen (hier: Kind - Eltern). Der Fehler der Entscheidungen liegt darin, daß die Familienangehörigkeit nur an eheliche Bande angeknüpft wird. Dies erscheint aber nach vorgegebener Definition zu eng.

Da die ehelichen Kinder auch nach der Scheidung gem. § 1589 BGB mit ihren Eltern verwandt bleiben, die Eltern aber nach der Scheidung nicht mehr eine durch die Ehe verbundene Einheit bilden,[14] bestehen zu den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft mit

---

10 FG Hamburg NJW 1985, 512.

11 Dies ist völlig unbestritten: vgl. die Definition FN 5; St/J/Schumann § 181 Rdnr. 11; Zöller/Stephan § 181 Rdnr. 4/ Thomas/Putzo § 181 Anm. 2c; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 181 1 Ba; Wieczorek § 181 B II a 1.

12 BVerwG DVBl. 1958, 208; LG Hagen MDR 1968, 765 f.

13 Bemerkenswert scheint, daß sich die geschiedenen Eheleute anscheinend wieder vertragen haben: im Fall von LG Hagen (FN 12) waren sie gar wieder verlobt, in BVerwG (FN 12) wurde die Frau von ihrem geschiedenen Mann zum Postempfang ermächtigt!

14 Verwandtschaftliche Beziehungen bzw. Schwägerschaft zwischen Eheleuten scheidet von vornherein aus.

gemeinsamen Kindern keine Unterschiede. Daher sind aus obigen Gründen auch geschiedene Eheleute mit gemeinsamen Kindern, die in derselben Wohnung leben, geeignete Ersatzpersonen i.S.d. § 181 I 1. Altern. ZPO. Da ein Ehegatte bzw. Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft tatsächlich in den Familienverband aufgenommen ist, bedarf es keiner erweiternden Auslegung des § 181 ZPO.[15]

Betont man den streng formellen Charakter[16] der Zustellungsvorschriften, würden vorstehende Sachverhalte § 181 I 1. Altern. ZPO erfüllen.

b) Sinn und Zweck des § 181 ZPO

Ein Blick auf Sinn und Zweck[17] des § 181 ZPO zeigt, daß nicht nur formal juristische Argumentation die hier vertretene Ansicht stützt.

aa) Erste Zweckrichtung

§ 181 ZPO soll durch personelle Nähe (Familie) und Dauer dieser Nähe (Hausgenosse) gewährleisten, daß der Adressat in Besitz des zuzustellenden Schriftstücks gelangt.[18] Die eheähnliche Gemeinschaft mit gemeinsamen Kindern tritt nach außen wie eine "normale Familie" in Erscheinung; eine Weiterleitung an den Adressaten ist aber dann genauso gewährleistet bzw. mit denselben Risiken behaftet wie bei einer "echten Familie". Der Fall, daß der die eheähnliche Gemeinschaft begründende gemeinsame Konsens der Partner aufgegeben wird, kommt auch bei Ehegatten in Ehe-

15 Dies wurde vom BVerwG in Betracht gezogen, jedoch abgelehnt.
16 So hauptsächlich BVerWG DVB. 1958, 208.
17 Zöller/Stephan § 181 Anm. 4; BFH NJW 1982, 2896.
18 Nur diesem einzigen Zweck soll nach OLG Celle FamRZ 1983, 203, Zöller/Stephan § 181 Rdnr. 4 § 181 ZPO dienen.

krisen vor; eine Trennung der Eheleute wäre gem. § 1567 BGB sogar in der gemeinsamen Wohnung möglich, eine Weiterleitung durch den inzwischen höchst unzuverlässigen Partner ebensowenig gewährleistet.[19] Wenn § 181 I ZPO nicht darauf abstellt, ob die Mitbewohner mit dem Zustellungsadressaten eine Haushalts- oder Wirtschaftsgemeinschaft bilden,[20] gewährleistet doch erst recht eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft die Weiterleitung des zuzustellenden Schriftstückes. Stellt man den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft mit anderen, tatsächlich in die Familie aufgenommenen Personen (Pflegekind;[21] Besucher[22]) gegenüber, ist kein Grund ersichtlich, warum nur z.B. ein Besucher die Gewähr für die Weiterleitung bieten sollte. Genügt ein Besucher den Anforderungen als Ersatzperson, muß dies doch erst recht für den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft gelten.

bb) Zweite Zweckrichtung

Allein der BFH stellt zusätzlich auf eine zweite Zweckrichtung ab.

Danach soll § 181 ZPO dem Zustellungsbeamten durch objektive, äußerlich erkennbare Merkmale die Feststellung der für die Ersatzzustellung geeigneten Personen erleichtern.[23] Hier stellt

---

19 Daher nimmt wohl OLG Hamm NJW 1969, 800 an, daß eine in Scheidung, aber in der gemeinsamen Wohnung bleibende Ehefrau eine geeignete Ersatzperson darstellt (Ausn.: § 185 ZPO).

20 Vgl. BFH NJW 1982, 2896.

21 Unstreitig Ersatzperson, vgl. St/J/Schumann, § 181 Rdnr. 11.

22 Der unstreitig als Ersatzperson in Betracht kommt, wenn er für "eine gewisse Zeit" in die Familie aufgenommen worden ist, vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 181 1 Ba.

23 BFH NJW 1982, 2896 über die Tauglichkeit dieser Zweckrichtung; s. nachfolgende Ausführungen.

sich zunächst die Frage, wie der Zustellungsbeamte diese Feststellung zu treffen hat. Für den GV bestimmen §§ 30 Nr. 1, 36 Nr. 1 b GVGA, er habe sich davon zu "überzeugen", daß "die Personen, mit denen er verhandelt, auch tatsächlich die sind, für die sie sich ausgeben, und daß sie zu dem Empfänger in dem angegebenen Verhältnis stehen". Wie er sich diese Überzeugung letztlich bildet, bleibt ihm überlassen.

Es wäre interessant, von den Gegnern dieser Meinung zu erfahren, wie sie den Hausgenossen als erwachsen i.S.d. § 181 ZPO[24] mit objektiven, äußerlich erkennbaren Merkmalen bestimmen wollen. Oder wie soll ein erwachsenes Pflegekind[25] von einem Kind geschiedener Eltern bzw. nichtehelichen Kind unterschieden werden? Besteht etwa eine Unterscheidungsmöglichkeit zwischen einem für eine gewisse Zeit in die Familie aufgenommenen Besucher[26] und dem Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft? Der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft wird wohl eher sein Namensschild an der Haustür anbringen als ein Besucher! Wie soll schließlich der Zustellungsbeamte in Scheidung und in derselben Wohnung getrennt lebende Eheleute von Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft unterscheiden?[27]

---

24 Erwachsen i.S.d. § 181 ZPO ist nicht mit Volljährigkeit gleichzusetzen, sondern es ist im Einzelfall mit Rücksicht auf Alter, körperlicher und geistiger Entwicklung zu entscheiden, vgl. Thomas/Putzo § 181 Anm. 2 d; so kommt unstreitig ein fünfzehnjähriger als Ersatzperson in Betracht, BSG MDR 1977, 82.

25 S.FN 21.

26 S. FN 22.

27 Daher ließ OLG Hamm NJW 1969, 800 f eine in Scheidung lebende aber einen gemeinsamen Haushalt führende "Noch-"Ehefrau als Ersatzperson genügen; es betont ausdrücklich, daß das anhängige Scheidungsverfahren die rechtliche Zusammengehörigkeit der Familie unangetastet läßt. Wie kann eine Weiterleitung während eines anhängigen Scheidungsverfahrens gewährleistet sein? Dazu meint die Entscheidung lapidar, daß es bedeutungslos sei, ob die persönlichen Beziehungen in der Hausgemeinschaft gespannt wären.

Die von den Gegnern beschworene Rechtssicherheit und Rechtsklarheit kommt durch die Formel der objektiven, äußerlich erkennbaren Merkmale ins Wanken.[28] Gerade um eine nicht zu vertretende Rechtsunsicherheit für den Zustellungsbeamten zu vermeiden, sollten auch diese Personenverbände dem § 181 ZPO unterstellt werden.

Vor allem wird der Tatbestand einer eheähnlichen Gemeinschaft durch § 122 BSHG und der richterlichen Interpretation dieser Vorschrift hinreichend bestimmt. Daher dient die Einbeziehung der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft mit gemeinsamen Kindern in § 181 ZPO eher der Rechtssicherheit als die Einbeziehung anderer in § 181 ZPO anerkannter Fälle, die weder gesetzlich normiert noch durch eine richterliche Interpretation festgelegt sind (z.B. Besucher).[29] Da sowohl formale Gründe als auch Sinn und Zweck des § 181 ZPO einer Einbeziehung nicht entgegenstehen, stellen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft mit gemeinsamen (erwachsenen) bzw. nichtehelichen Kindern geeignete Ersatzpersonen dar.[30]

---

28 Immerhin gibt OLG Hamm JMBl NRW 1981, 144 "gewisse Schwierigkeiten" bei der Feststellung zu.

29 Daher überzeugt die Annahme des BFH NJW 1982, 2896 nicht, daß sich nicht ohne weiteres sagen lasse, welche Formen des Zusammenlebens als eine der Ehe ähnliche Lebensgemeinschaft anzusehen seien.

30 Im Ergebnis dürften wohl auch die anderen ablehnenden Entscheidungen mit dem hier gefundenen Ergebnis übereinstimmen. BFH NJW 1982, 2895 f betraf einen Fall ohne gemeinsame Kinder; auf S. 2896 a.E. wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß etwas anderes gelten mag, wenn ein Partner in die Familie des anderen aufgenommen und dort Hausgenosse wird. Das würde dann auf die hier behandelte Sachlage zutreffen. Vgl. ebenso OLG Hamm JMBl. NJW 1981, 143 f, bei dem gemeinsame Kinder nicht im Spiel waren.

2. Eheähnliche Gemeinschaften ohne gemeinsamen Kinder

a) Wortlaut des § 181 ZPO

Weder geschiedene Eheleute[31] noch Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft bilden eine durch Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbundene Personeneinheit (s.o.). Damit scheidet eine rechtliche Zugehörigkeit zum Familienverband aus. Es bietet sich aber eine Gleichbehandlung an.

§ 181 ZPO stellt nicht nur auf eine familienrechtliche Beziehung ab, sondern es genügt auch ein tatsächliches Zusammenleben als "Familie".[32] Ein solches Zusammenleben ist bei jeder eheähnlichen Gemeinschaft gegeben. Es ist dennoch umstritten,[33]

---

31 Die sich wieder versöhnt haben und in eheähnlicher Gemeinschaft leben, vgl. den Fall OLG Hamm JMBl. NRW 1981, 143 f

32 S. dazu FN 10; vgl. auch OLG Celle FamRZ 1982, 203, das ausdrücklich ausspricht, daß die eheähnliche Lebensgemeinschaft unabhängig davon, ob sie nur aus den beiden Partnern besteht (wie hier) oder ein neuer Partner in einen bereits bestehenden Familienverband aufgenommen wird (s.o.), die Voraussetzung der tatsächlichen Zugehörigkeit zum "Familienverband" erfüllt; OLG Hamm JMB. NRW 1981, 144; LG Flensburg MDR 1982, 238; selbst LG Hagen MDR 1968, 766; Adrian DGVZ 1965, 131; dabei soll wiederum von einem dauerhaften Zusammenleben ausgegangen werden. Zum Merkmal "Dauer" s. später. Interessant in diesem Zusammenahng auch die Entscheidung BGH NJW 1982, 1868; der BGH hatte die Frage zu entscheiden, ob auch der Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zur "Familie" i.S.d. § 1093 II BGB zu rechnen ist. Dabei wies er ausdrücklich darauf hin, daß die Zugehörigkeit zur "Familie" i.S.d. Vorschrift sich nicht nach einem juristisch definierten Familienbegriff bestimmt, insbesondere nicht nach dem durch Ehe, Verwandtschaft und Schwägerschaft bestimmten Grade festgelegten Personenkreis. Er ließ jedoch offen, ob unter den heutigen Verhältnissen nach allgemeinem Sprachgebrauch eine eheähnliche Lebensgemeinschaft als "Familie" im weitesten Sinne angesehen werden kann. Befürwortet wurde stattdessen eine analoge Anwendung des § 1093 II BGB; ebenso AG Ahrensburg MDR 1980, 936; AG Mannheim ZMR 1972, 193; die Entscheidung fand jedoch keinen ungeteilten Beifall; dafür: Scheld DGVZ 1983, 66 ff, dersl. RPfl 1983, 2 ff; dagegen: Heinz FamRZ 1982, 763 ff; Stürner FamRZ 1982, 776 f. Vgl. dagegen OLG München NJW RR 1986, 862; entscheidend soll die rechtseinheitliche Anwendung des Begriffs "Familie", wie er in Art. 6 I GG dargestellt sei, sein. Damit setzt sich das OLG in Widerspruch zum BGH.

33 Dagegen: BFH NJW 1982, 2895 f (für eheähnliche Gemeinschaft); OLG Hamm JMBl NRW 1981, 143 f (für geschiedene Eheleute); Thomas/Putzo § 181 Anm. 2 c; St/J/Schumann, § 181 Rdnr. 11 FN 18. Dafür: OLG Celle FamRZ 1983, 202 (für Verlobte, jedoch unter ausdrücklicher Erwähnung der eheähnlichen Lebensgemeinschaft); AG Dortmund DGVZ 1980, 141; Zöller/Stephan

ob Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft geeignete Ersatzpersonen i.S.d. § 181 ZPO darstellen.

b) Sinn und Zweck des § 181 ZPO

Die ablehnende Meinung stützt ihre Ansicht auf Sinn und Zweck[34] des § 181 ZPO.[35] Doch gerade Sinn und Zweck widerlegen bei näherer Betrachtung diese Meinung.

aa) Erste Zweckrichtung

Die Weiterleitung des zuzustellenden Schriftstücks ist aus oben genannten Gründen hier ebenfalls gewährleistet. Hinzuzufügen ist, daß die in demselben Haus wohnenden Hauswirte oder Vermieter[36] als Ersatzpersonen nach § 181 II ZPO in Frage kommen. Wenn diese Personen eine Gewähr für die Weiterleitung bieten, dann müssen doch erst recht solche Personen geeignet sein, die sich sogar in derselben Wohnung aufhalten. Oder warum sollen die in der Familie dienenden Personen[37] (§ 181 I 2. Altern. ZPO), die nicht einmal in derselben Wohnung wohnen, sondern dort nur angetroffen werden müssen, eine Weiterleitung eher gewährleisten als ständig sich in der Wohnung aufhaltende Personen? Man würde der Haushälterin[38] etc. die Weiterleitung eher zu-

---

§ 181 Rdnr. 4; Wieczorek § 181 B III a 1; Scheld DGVZ 1983, 67 ff.

34 S. dazu FN 17, 18; FN 23; OLG München NJW RR 1986, 862.

35 Vgl. FN 33.

36 Für diese Personen bestimmten schon die Materialien zur ZPO (Bd. 2, Teil-Bd. 1, S. 230), daß nur das Zusammenwohnen mit dem Adressaten die nötige Garantie böte; dabei wurde ein Zusammenwohnen in demselben Haus für ausreichend erachtet.

37 So etwa dauernde Hausangestellte wie etwa Köchin, Hausmädchen, Haushälterin etc.; stellvertretend für alle Zöller/Stephan § 181 Rdnr. 5; ja sogar eine ständige Putzfrau, die nur gegen Stundenlohn beschäftigt wird und eine eigene Wohnung hat, Adrian DGVZ 1965, 132. Auf die Art der Vergütung kommt es nicht an; vielmehr genügen auch Dienste, die aus Gefälligkeit erbracht werden, vgl. St/J/Schumann § 181, FN 23. Diese Personen hat das OLG München NJW RR 1986, 862 übersehen, wenn es ausschließlich darau abstellt, daß "jedenfalls durch die Familienzugehörigkeit nach außen die Ver mutung der Fürsorgebereitschaft begründet" sei und "deshalb in aller Regel für die zuverlässige Weitergabe des amtlichen Schriftstücks" gesorgt sei.

38 S. FN 37.

trauen[39] als dem Lebenspartner. Ein einleuchtender Grund ist dafür nicht ersichtlich.

Schließlich führt die ablehnende Ansicht zu folgender Konsequenz: Eine Ersatzzustellung an ein erwachsenes Kind geschiedener bzw. nichtehelicher Lebenspartner würde zugelassen werden (s.o.), nicht jedoch an den Lebenspartner selbst.[40] Es gibt keinen einleuchtenden Grund dafür, daß ein erwachsenes Kind eine Weiterleitung eher gewährleisten soll als die Partner untereinander.[41]

Daher sollte es vielmehr ausschließlich auf das faktische Erfordernis des gemeinsamen Haushaltens ankommen.[42]

---

39 Nach BVerwG soll ein Vertrauensverhältnis nicht entscheidend sein, vgl. DVBl 1958, 208; doch wie verträgt sich dies mit der Gewähr für die Weiterleitung? Gerade das zum Ausdruck gebrachte Vertrauensverhältnis zum Adressaten gewährleistet doch die Zustellung des Schriftstücks! Vgl. Zöller/Stephan § 181 Rdnr. 4.

40 Zutreffend bezeichnet diese Konsequenz OLG Celle FamRZ 1983, 203 als "erst recht nicht verständlich".

41 In diesem Zusammenhang soll nebenbei bemerkt werden, daß LG Hagen MDR 1968, 766 Kriterien sittlich-moralischer Art nicht entscheidungserheblich hält.

42 Daß dieses Merkmal ein hinreichendes Kriterium für die Feststellung der geeigneten Ersatzperson darstellt, beweist ein Blick auf die österreichische ZPO. Denn der nahezu identische § 102 österr. ZPO läßt den Lebensgefährten als Ersatzperson ausreichen. Im Hinblick auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit wurde bis jetzt nichts Gegenteiliges bekannt. Interessant in diesem Zusammenhang, daß nach der Kommentierung zu § 102 österr. ZPO die Hausgenossenschaft nicht von langer Dauer sein muß. Dem Merkmal Dauer kommt daher keine entscheidend Bedeutung zu; vgl. Fasching § 102 S. 585. In der Literatur wird die eheähnliche Lebensgemeinschaft als familienrechtliches Verhältnis betrachtet und daher der Lebensgefährte auch als Hausgenosse angesehen; s. Schneider ÖJZ 1965, 176 m.w.N. Ähnlich die englische Rechtsprechung. Der Court of Appeal führte im Jahre 1976 aus, daß die übliche Bedeutung des Wortes "familiy" sich in der Zwischenzeit gewandelt habe. Jetzt könnten auch die Partner der eheähnlichen Gemeinschaft Mitglieder einer "Familie" sein, wenn ihre Beziehungen von hinreichender Dauer und nach außen erkennbarer Stabilität seien; zitiert nach Müller-Freienfels Zfev.Ethik 24, 72 m.w.N. Auch nach schweizerischem Recht (Art. 64 I 1 SchKG) kann eine Zustellung an den Lebenspartner erfolgen; der Empfänger muß danach die Zustellung der für ihn bestimmten Urkunden an den anderen Partner gegen sich gelten lassen; vgl. Walder-Bohner S. 199.

bb) Zweite Zweckrichtung

Den obigen Ausführungen über die Erleichterung der Feststellung durch objektive, äußerlich erkennbare Merkmale ist folgendes hinzuzufügen: Wie soll dauerndes[43] Hauspersonal[44] von den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft unterschieden werden? Das dafür erforderliche dauernde[45] Dienstverhältnis wird wohl kaum sichtbar sein. Etwa durch die Aufmachung des angetroffenen Partners in Putzkleidung und dergleichen? Oder soll davon ausgegangen werden, daß beide Partner berufstätig sind und daher in eheähnlicher Gemeinschaft leben, wenn die Partner in ihrer Wohnung nicht angetroffen werden? Es gibt doch auch in eheähnlichen Gemeinschaften den Typus "Hausfrauenehe".[46] Oder wie steht es im Vergleich zu Junggesellen, die eine Haushälterin als Hausgenossin haben können?[47] Welche Unterschiede bestehen

---

43 Hier zeigt sich, daß auch den unstreitig unter § 181 ZPO fallende Personen der Unsicherheitsfaktor "Dauer" (vgl. BFH NJW 1982, 2896) anhaftet. Wann gilt z.B. das Dienstverhältnis als dauerndes? Soll etwa die Vertragsdauer entscheiden? Wie steht es dann kurz nach Aufnahme der Dienstzeit? Es soll zwar "Regelmäßigkeit" entscheidend sein (vgl. St/J/Schumann § 181 FN 23). Doch ab wann und wie soll der Zusteller diese Regelmäßigkeit feststellen? Oder wann ist der Besucher "für eine gewisse Zeit" in die Familie aufgenommen? Man sieht, daß der Zustellungsbeamte auch bei in § 181 ZPO anerkannten Fällen praktische Feststellungsschwierigkeiten vorfindet. Der Verfasser erlaubt sich daher, auch bei eheähnlichen Gemeinschaften die Dauer zu unterstellen!

44 S. FN 37.

45 St/J/Schumann § 181 Rdnr. 12.

46 Man denke etwa an "Onkelehen".

47 Wieczorek § 181 B III a 1; BayVGH RPfl. 1964, 75, der ausdrücklich anführt, "daß die - aus dem Jahre 1877 stammende - Vorschrift (damals § 166), im Laufe der Entwicklung eine erweiternde Auslegung erfahren hat". Der streng formelle Charakter der Zustellungsvorschriften (BVerwG DVBl 1958, 208) steht einer erweiternden Auslegung nicht entgegen, da auch Formvorschriften den Schutz sachlichen Rechts, nicht aber seiner Vereitelung dienen sollen, vgl. RGZ 133, 369; Hagen JZ 1972, 507 ff. Hingewiesen sei noch auf § 187 ZPO, durch den das Gesetz selbst einem übertriebenen Formalismus vorbeugen will.

für den Zustellungsbeamten zwischen einer Haushälterin des Junggesellen und einer in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebenden Hausfrau?

Alle Versuche, objektive, äußerlich erkennbare Merkmale zur Unterscheidung zu finden, die eine Feststellung der geeigneten Ersatzpersonen erleichtern sollen, sind damit zum Scheitern verurteilt. Da sie in der Praxis undurchführbar sind, sollte auf diese Merkmale verzichtet werden.[48] In Bezug auf die Partner eheähnlicher Gemeinschaften wiegt dieser Verzicht nicht schwer, da § 122 BSGH und die richterliche Interpretation dieser Vorschrift die Feststellung erleichtern, ob die Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben. Für die Praxis unbrauchbar sind diese Merkmale aber dann, wenn keine gesetzliche Bestimmungen, wie z.B. bei Besuchern oder Haushälterinnen, vorliegen.

Mit Recht räumt daher die ablehnende Ansicht[49] ein, daß sich angesichts der zumindest in einem Teil der Bevölkerung im Wandel begriffenen Vorstellung über Ehe und Familie sowie angesichts der zunehmenden Häufigkeit derartiger außerehelicher Lebensgemeinschaften für die Zustellungspraxis und für die zutreffenden Ersatzzustellung gewisse Schwierigkeiten ergeben könnten, wenn diese Auffassung aufrechterhalten würde. Der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wäre viel eher gedient, wenn auch Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft als Hausgenossen i.S.d. § 181 ZPO in Frage kämen. Da sowohl Partner einer eheähnlichen

---

48 Dies umso mehr, wenn man bedenkt, daß die ZPO zweckmäßig zu interpretieren ist (Zöller/Vollkommer Einl.Anm. 92). Sachdienlichkeit, Praktikabilität, Zweckmäßigkeit und Prozeßökonomie umschreiben diesen Grundsatz, St/J/Schumann, Einl. Rdnr. 81. Alle vier Gesichtspunkte scheinen bei Annahme gegenteiliger Ansicht nicht zweifelsfrei.

49 OLG Hamm JMBl NRW 1981, 144.

Gemeinschaft die Weiterleitung des zuzustellenden Schriftstücks in gleichem Umfang wie andere Hausgenossen in § 181 ZPO gewährleisten als auch der Zustellungsbeamte in eheähnlichen Gemeinschaften objektive, äußerlich erkennbare Merkmale ebensogut bzw. ebensoschlecht wie bei anderen in § 181 ZPO anerkannten Fälle vorfindet, kommen Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft auch nach Sinn und Zweck des § 181 ZPO als Ersatzpersonen in Betracht.

Da ein tatsächliches Zusammenleben als "Familie" genügt (s.o.), fällt methodologisch die Zustellung an die Partner eheähnlicher Gemeinschaften unter § 181 I ZPO; einer zusätzlichen[50] erweiternden Auslegung bedarf es nicht.

3) Wohngemeinschaften

a) Wortlaut des § 181 ZPO

Die Mitglieder von Wohngemeinschaften erfüllen den Wortlaut des § 181 ZPO nicht. Denn im Gegensatz zu Partnern eheähnlicher Gemeinschaften leben sie nicht tatsächlich als "Familie" zusammen,[51] da jedem Mitglied der Wohngemeinschaft ein eigener Lebensraum zusteht. Etwas anderes gilt aber in dem wohl selten anzutreffenden Fall, daß ein Mitglied der Wohngemeinschaft eine Wohnung mietet und die übrigen Mitglieder als Untermieter in die Wohnung aufnimmt. Denn das aufnehmende, in demselben Haus, ja sogar in derselben Wohnung wohnende Mitglied ist in diesem Fall als Vermieter eine geeignete Ersatzperson i.S.d.

---

50 Die erweiternde Auslegung des BayVGH erfolgte schon auf Fälle, in denen eine Familie nicht vorhanden war, RPfl 1964, 75. Daher geht BGH NJW 1982, 2896 fehl, wenn er eine erweiternde Auslegung in Betracht zieht. Denn auch eheähnliche Gemeinschaften bilden keine Familien im Sinne rechtlicher Zugehörigkeit.

51 Vgl. FN 32.

§ 181 ZPO.[52] Daher sind Mitglieder einer Wohngemeinschaft nach dem Wortlaut des § 181 ZPO in der Regel keine geeignete Ersatzpersonen.

b) Sinn und Zweck des § 181 ZPO

Es fragt sich aber, ob die Mitglieder einer Wohngemeinschaft nach Sinn und Zweck des § 181 ZPO als geeignete Ersatzpersonen in Betracht kommen.

aa) 1. Zweckrichtung

Zunächst soll § 181 ZPO gewährleisten, daß der Adressat in Besitz des zuzustellenden Schriftstücks gelangt (s.o.) Im Hinblick auf die Ersatzpersonen nach § 181 II ZPO (Hauswirt/Vermieter)[53] neigt man vorschnell zu dem Schluß, daß die Mitglieder von Wohngemeinschaften, da sie ja in derselben Wohnung zusammenleben, erst recht als Ersatzpersonen geeignet seien. Dafür lassen sich auch gute Gründe anführen. Doch beziehen sich diese Gründe nur auf Einzelfälle. Denn der Tatbestand der Wohngemeinschaft kann im Gegensatz zu eheähnlichen Gemeinschaften (§ 122 BSHG und die richterliche Interpretation dieser Vorschrift) nicht hinreichend bestimmt werden; er ist zu vielgestaltig, vielfältig. Die inneren Strukturen einer Wohngemeinschaft weisen erhebliche Unterschiede auf. Wie aus der Definition ersichtlich wird,[54] wirtschaften sie gemeinsam in unterschiedlichem Umfang. Daher ist das Erfordernis des gemeinsamen Haushaltens, das vor allem eine Weiterlei-

52 Vgl. FN 36.

53 Vgl. FN 36; dies folgt aus der Tatsache, daß damals nur ein Zusammenleben in der Familie möglich war, da das Konkubinat von den Polizeistrafgesetzbüchern als Vergehen gegen die öffentliche Ordnung verfolgt wurde, vgl. Art. 14 württ. Polizeistrafgesetz; Nachweise bei Baumann S. 26.

54 S.o. I B 1).

tung gewährleistet, bei Wohngemeinschaften in der Regel nicht erfüllt.

In dieser Beziehung unterscheiden sich die Mitglieder von Wohngemeinschaften wesentlich von den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften. Letztere sind mit den Hausgenossen einer Familie vergleichbar (s.o.). Die Mitglieder einer Wohngemeinschaft finden dagegen keine Entsprechung mit in § 181 ZPO anerkannten geeigneten Ersatzpersonen. Die Mitglieder leben zwar in derselben Wohnung, in Bezug auf ihre persönliche Lebensgestaltung sind sie aber wie Mieter eines Stockwerkes oder Hauses anzusehen, die nicht als Ersatzpersonen i.S.d. § 181 ZPO geeignet sind. Die Tatsache, daß die Mitglieder einer Wohngemeinschaft regelmäßig neben dem Treppenhaus auch die Küche gemeinsam mitbenützen, steht der Vergleichbarkeit mit Mietern nicht entgegen. Das zur Weiterleitung des Schriftstücks nötige Vertrauen ist - mangels gemeinsamer Haushaltsführung - weder zwischen Mietern desselben Hauses noch zwischen Mitgliedern einer Wohngemeinschaft gewährleistet. Dieser Mangel des Vertrauens ist die notwendige Folge eines nur losen, meist zufälligen Zusammenlebens im Gegensatz zu einer gemeinsamen Lebensführung wie eben bei Ehegatten oder Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft.

M.E. läßt sich daher nach der ersten Zweckrichtung keine generelle Festlegung darüber treffen, ob die Mitglieder einer Wohngemeinschaft geeignete Ersatzpersonen i.S.d. § 181 ZPO darstellen.

bb) 2. Zweckrichtung

Wie oben ausgeführt, ist die erleichterte Fest-

stellung in der Praxis für gesetzlich bzw. durch die Rechtsprechung nicht festgelegte Personengruppen undurchführbar.[55] Im Gegensatz zu eheähnliche Gemeinschaften erfuhr der Tatbestand der Wohngemeinschaft (bis heute?) keine gesetzliche Normierung bzw. eine Festlegung durch die Rechtsprechung.Dies führt m.E. zu weiteren Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit.

Sonach hilft auch die zweite Zweckrichtung nicht weiter.

Die Mitglieder einer Wohngemeinschaft sind daher weder nach dem Wortlaut des § 181 ZPO noch nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift geeignete Ersatzpersonen nach § 181 ZPO.

---

55 Vgl. etwa nur die Feststellung, ob die angetroffene Person Besucher des Empfängers ist. Oder ob das dem GV die Tür öffnende Mitglied der Wohngemeinschaft wirklich zur Wohngemeinschaft gehört, läßt sich leichter feststellen (in der Regel durch das Namensschild an der Tür).

Lebenslauf

Am 7. August 1960 wurde ich, Wolfram Erchinger, als zweiter Sohn des Bankangestellten Reinhold Erchinger und seiner Ehefrau Rosemarie, geb. Knoblich, in Stuttgart-Sonnenberg geboren.

Von 1967 bis 1971 besuchte ich die Grundschule in Leinfelden, anschließend das Philipp-Matthäus-Hahn Gymnasium in Leinfelden-Echterdingen. Dort legte ich am 20. Juni 1980 die Reifeprüfung ab.

Ich studierte vom Wintersemester 1980/81 bis zum Wintersemester 1984/85 Rechtswissenschaft an der Universität in Tübingen. Am 28. November 1984 legte ich die Erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1. Januar 1985 bin ich am Lehrstuhl Prof. Dr. E. Peters an der juristischen Fakultät der Universität Tübingen tätig.

Am 1. März 1986 begann ich mit dem Referendardienst am Landgeri Tübingen.